

LE RÉGIME DE LA PUBLICITÉ FONCIÈRE
DANS LES PROJETS LÉGISLATIFS DE RÉFORME
EN FRANCE ET EN ITALIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 1^{er} Juin 1933, à 14 heures

PAR

Paolo MANUEL-GISMONDI

MEMBRES DU JURY :

Président : M. CAPITANT

Suffragants. { M. MAURICE PICARD } Professeurs
 { M. SOLUS }

PARIS

Librairie ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU et C^{ie}, Éditeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1933

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

LE RÉGIME DE LA PUBLICITÉ FONCIÈRE
DANS LES PROJETS LÉGISLATIFS DE RÉFORME
EN FRANCE ET EN ITALIE

LE RÉGIME DE LA PUBLICITÉ FONCIÈRE
DANS LES PROJETS LÉGISLATIFS DE RÉFORME
EN FRANCE ET EN ITALIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 1^{er} Juin 1933, à 14 heures

PAR

Paolo MANUEL-GISMONDI

MEMBRES DU JURY :

Président: M. CAPITANT

Suffragants. { M. MAURICE PICARD } Professeurs
 { M. SOLUS }

PARIS

Librairie ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU et C^{ie}, Éditeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1933



INTRODUCTION

1. *Le transfert de la propriété par simple consentement et la nécessité de la publicité pour la protection des tiers.* — Le principe bien connu du transfert de la propriété par simple consentement (art. 711, 1138, 1583, 938 C. civ.), quoi qu'il en soit en ce qui concerne uniquement les rapports entre le vendeur et l'acquéreur, exige, sous peine d'aboutir aux pires inconvénients, une limitation en vue de la protection des tiers. Comme par définition un droit réel est opposable à tous, donc aux tiers, il est nécessaire de prévenir ceux-ci de la création et du transfert d'un droit de cette nature.

On sait que cette protection ne se réalise pas par les mêmes moyens en matière mobilière et en matière de propriété foncière.

En fait de meubles le rôle de la publicité, vis-à-vis des tiers, est joué par la possession, suivant la maxime « en fait de meubles possession vaut titre » énoncée dans l'art. 2279 Code civ. et qui trouve son application dans l'art. 1141 Code civ. Grâce à la connexité étroite qui existe dans la pratique entre les deux notions de possession et de propriété, la loi autorise les tiers à croire que le possesseur d'un bien corporel mobilier en soit aussi le propriétaire ; de sorte que dans les aliénations mobilières la clandestinité disparaît pour donner place à une visibilité et à une sécurité suffisante. Or ce principe très simple s'analyse, de toute évidence, en une limitation du transfert conventionnel de la propriété. Dans le cas où le même objet ait été promis successivement à deux personnes différentes, au lieu de conclure que la propriété, ayant été déplacée par le premier acte, ne pouvait plus être transférée au second acquéreur, si la chose aliénée soit purement mobilière et le second acquéreur soit de bonne foi, la propriété passera à ce dernier, s'il aura été mis en possession réelle, encore que son titre soit postérieur en date.

Pour les immeubles, dès que la tradition ne fut plus nécessaire comme signe extérieur à faire connaître le transfert, il fallut imaginer une forme spéciale de publicité des actes de transmission et constitution sur des registres publics. D'où une deuxième limitation du principe du transfert conventionnel de la propriété : à défaut de publicité, si le transfert a pleine valeur entre les parties, il ne peut être invoqué contre les tiers (Art. 941 C. civ ; art. 3, L. 23 mars 1855).

2. *But de la publicité et inconvénients du système actuel.* — Un système de publicité est donc nécessaire pour qu'il y ait sécurité dans les transactions et dans l'organisation du crédit hypothécaire.

L'acquéreur et le prêteur cherchent en effet d'abord la certitude de traiter avec le véritable propriétaire de l'immeuble, c'est-à-dire avec une personne qui soit devenue propriétaire et qui, au moment de la convention n'ait pas cessé de l'être ; ils veulent, par suite, être certains que le titre de cette personne ne soit pas exposé à une action en revendication et, en outre, qu'il ne soit infecté de certains vices susceptibles d'en faire prononcer la nullité ou affectés de certaines modalités de nature à en faire prononcer la résolution, la rescision ou la révocation ; ils désirent, enfin, d'être à même d'apprécier la valeur exacte de l'immeuble, en connaissant les démembrements qu'a pu subir la propriété de l'immeuble et les charges qui peuvent la grever.

Tout régime de publicité, pour atteindre entièrement ce but, devra par conséquent d'abord permettre à ceux qui cherchent à acquérir un droit sur un immeuble de se rendre exactement compte de sa situation juridique, en fournissant une connaissance rapide des mutations dont l'immeuble est l'objet et des droits réels dont il est grevé. Il devra, en même temps, leur procurer une entière sécurité en les mettant à l'abri soit d'une revendication ultérieure, soit de toute cause occulte d'éviction.

Est-il nécessaire de dire que l'organisation actuelle de la publicité en France est loin de satisfaire à ces légitimes exigences ? On sait que tout le monde s'accorde à reconnaître que ce système, issu du Code civil et de la loi du 23 mars 1855, encourt une série de critiques, que nous nous bornons pour le moment à énoncer :

1° La transcription a un caractère facultatif.

2° Le système actuellement en vigueur est compliqué et incohérent puisque deux régimes sont en présence, en ce qui concerne

la transcription : celui du Code civil pour les donations de biens susceptibles d'hypothèques et celui de la loi du 23 mars 1855 pour les autres aliénations. Les tiers admis à s'en prévaloir ne sont pas les mêmes. A ce point de vue il est aussi insuffisant.

3° Le domaine d'application de la publicité est insuffisant. La loi laisse en effet de côté :

les acquisitions en vertu de la loi par suite de certains faits ;

certaines actes mêmes translatifs, notamment les mutations par décès ;

les actes déclaratifs, les actes confirmatifs, les actes purement abdicatifs ;

elle organise d'une manière tout à fait insuffisante la publicité des extinctions des droits réels et des causes d'éviction.

4° La publicité ne consolide pas les droits acquis. Elle ne garantit pas la qualité de propriétaire à l'acquéreur, qui reste exposé à la revendication s'il a acquis *a non domino*, et n'est pas à l'abri des causes d'éviction à défaut de leur publicité.

5° Les principes de la publicité et de la spécialité des sûretés réelles ne sont pas généralisés.

6° Les registres de la publicité sont mal organisés. Ils sont tenus par nom de personnes, de sorte que pour connaître la situation juridique exacte d'un bien, il faut connaître les noms de tous les propriétaires successifs, sans exception. Qu'un seul nom soit omis et on n'aura plus aucune sécurité. Enfin le répertoire est un instrument extérieur de publicité bien imparfait et il n'est pas offert au public.

3. *Historique de la critique du système actuel et des projets de réforme.* — Les défauts de ce système sont si graves et évidents qu'on n'a jamais hésité à reconnaître que pour tout ce qui touche à la constitution de la propriété foncière et à la publicité de ses charges la France est dans un état d'infériorité notable par rapport à la plupart des législations étrangères.

On sait que si les effets de la clandestinité ne se font pas sentir davantage c'est qu'ils sont évités pour la plupart grâce à la prudence des notaires et à l'expérience des praticiens et des conservateurs. Mais cela n'ôte pas du tout l'intérêt qu'il y a à améliorer le système, car il est évident qu'il ne suffit pas de pouvoir arriver à établir les origines et la filiation d'un droit immobilier, lorsqu'il s'agit de vendre un bien à un étranger ou d'emprunter sur ce gage d'une société

de crédit, mais il faut pouvoir en fournir à l'acheteur ou au prêteur la preuve matérielle, claire et indiscutable. C'est en effet surtout pour les nécessités du crédit immobilier que le problème de la publicité immobilière s'est imposé à l'examen des économistes et des praticiens et il demeure, depuis un siècle, à l'ordre du jour.

En effet, le régime institué par la loi du 23 mars 1855, loin de faire cesser les critiques qui avaient été formulées immédiatement après la promulgation du Code civil, n'a été qu'un nouveau point de départ d'un intense mouvement d'études et de travaux en vue d'une amélioration du régime foncier.

Les critiques inaugurées, dès 1812, par M. Hua avec son volume : « De la nécessité et des moyens de perfectionner la législation hypothécaire », et dirigées ensuite de toute part contre le système du Code civil, avaient déterminé le Gouvernement de juillet à provoquer une enquête sur ce système et sur les moyens de remédier à ses inconvénients. Cette enquête, provoquée le 7 mai 1841 par le garde des sceaux M. Martin du Nord, avait été tout à fait défavorable au régime foncier et hypothécaire en vigueur, de sorte qu'un projet de loi sur la réforme hypothécaire avait été préparé par le Gouvernement de la République, lorsque le coup d'état de décembre 1851 vint mettre fin à l'Assemblée législative et à ses travaux. Brusquement, en 1855, au lendemain de la fondation de la Société du Crédit Foncier, abandonnant tous les travaux antérieurs, on bâtit de toute pièce la loi dont nous venons de parler, qui ne donnait satisfaction à personne et qui s'attira, dès son apparition, les plus vives critiques.

A la même époque, les livres fonciers commençaient à attirer l'attention ; et surtout de 1885 à 1892, époque où se réunirent divers congrès fonciers et parurent les travaux de M. Besson et de M. Flour de Saint-Genis, se développa le grand mouvement d'idées, qui préconisait la substitution des livres fonciers aux registres des transcriptions et des inscriptions et qui devait conduire à l'institution de la Commission extraparlamentaire du Cadastre par un décret du 30 mai 1891.

Cette commission, qui travailla de 1891 à 1905, arriva à établir trois avant-projets, l'un pour la réfection ou la révision et la conservation du Cadastre, l'autre sur les privilèges et hypothèques, le troisième sur l'institution des livres fonciers. Les deux derniers en harmonie avec le premier, visaient à substituer à la publicité actuelle le système du livre foncier, basé essentiellement sur la publicité

réelle, sur les principes de la force probante et de légalité, sur les principes de la spécialité et de la publicité absolue des privilèges et des hypothèques.

Mais ce travail admirable rencontra tout de suite bien des oppositions, froissa peut-être des intérêts et tandis que la Commission poursuivait encore ses travaux, toute une série de congrès proclama la déchéance de l'idée des livres fonciers, en estimant plus simple et en tout cas moins coûteux de maintenir le système traditionnel de publicité personnelle, tout en l'améliorant, moyennant un retour au projet de 1850.

L'admirable projet de la Commission resta véritable lettre morte, et à partir de 1894 on constate que tous les projets dus soit à des associations privées, soit à l'initiative parlementaire ou gouvernementale se rangent à ce point de vue. Mais ces projets (notamment celui rédigé par le Comité des Notaires des départements en 1894, celui du garde des sceaux Darlan déposé en 1896, celui voté au Sénat dans la séance du 3 décembre 1908, celui quelque peu différent voté par la Chambre le 20 juillet 1915, celui de MM. Richard et Laget présenté à la Chambre en 1921 et repris en 1925) quoique bien modestes laissèrent la question au même état qu'au premier jour.

« Ici, c'est un véritable procès-verbal de carence qu'il faut dresser, » écrivait à ce propos M. Capitant en 1919. « Et pourtant, il ajoutait, l'imperfection de notre régime de publicité des droits relatifs à la propriété immobilière est depuis longtemps reconnue et sa réforme depuis longtemps réclamée. Il est regrettable que le Parlement, ne tenant aucun compte des travaux si importants de la Commission extraparlamentaire du Cadastre et des études approfondies publiées de divers côtés, laisse ainsi le crédit immobilier dans un état d'infériorité contraire à l'intérêt général et néglige de réaliser une réforme qui aurait les plus heureux résultats et qui s'impose d'autant plus aujourd'hui que l'Alsace et la Lorraine vont nous offrir un modèle facilement imitable » (1).

Comme ces mots le faisaient prévoir, le retour de l'Alsace-Lorraine à la France a rendu en effet tout son intérêt au problème de la réforme foncière et hypothécaire.

A l'occasion de l'introduction des lois civiles françaises en Alsace et Lorraine se posa nécessairement le problème du retour pur et

(1) *Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans. Livre du Cinquantenaire de la Société de législation comparée*, t. I, p. 56.

simple, même par rapport au régime foncier, à la législation française, ou de la conservation du régime local, qui était un régime transitoire, ayant un caractère d'originalité, mais nettement orienté vers le système du Code civil allemand.

Heureusement le projet gouvernemental, qui devint, à peu de chose près, la loi du 1^{er} juin 1924, et qui était l'œuvre d'une Commission présidée par M. Siben, premier Président du Tribunal supérieur de Colmar, et composée des éminents juristes MM. Capitant, Gaudemet, Schisselé, Julliot de la Morandière et Dereux, constatant la supériorité du régime Alsacien-Lorrain, jugea utile de le conserver dans la mesure où il était susceptible de s'adapter à l'ensemble du droit civil français et dans la pensée qu'il pourrait servir de base dans un avenir prochain à une réforme de la législation française.

Cette loi, savamment étudiée, a réalisé une œuvre de transaction entre le régime du livre foncier et les principes généraux du droit français et elle a conservé, pendant un délai de dix ans, l'organisation des livres fonciers alsaciens-lorrains en réservant à l'expiration de ce délai les modalités d'application des dispositions correspondantes du droit français.

La question de la réforme du régime foncier en France se trouvait, par suite, posée à l'ordre du jour et elle fut à nouveau abordée par les savants, et notamment par la Société d'Etudes législatives qui l'inscrivit à son ordre du jour le 4 mai 1927 et poursuivit ses délibérations pendant deux années.

La commission d'études, présidée par M. Capitant, était favorable à l'extension à la France entière du régime alsacien ; mais instruite par une longue expérience, elle se borna à proposer un projet fort bien conçu, mais très timide, qui, dans la pensée de la Commission, devait avoir surtout le mérite d'être un premier pas dans la voie de l'unification des deux législations par l'introduction du régime foncier d'Alsace et de Lorraine.

4. *Sujet et plan général de cet ouvrage.* — La matière de notre étude ressort de ce rapide aperçu de la question, que nous venons de tracer, exactement délimitée. Il ne peut être question de vues nouvelles et originales, dans une matière sur laquelle les esprits les plus avertis se sont exercés depuis plus d'un siècle et en qui les projets les mieux conçus se sont heurtés toujours à des obstacles matériels, plus particulièrement d'ordre financier et administratifs, qui ont toujours constitué la pierre d'achoppement de toute réforme.

Il serait ridicule, après l'exemple d'extrême modestie que nous donne la Société d'Etudes législatives, composée des plus éminents juristes, de s'attacher à une étude purement théorique et idéale de la question. Il s'agit d'un problème d'ordre législatif qui doit, évidemment, être traité en vue des possibilités pratiques.

Nous nous proposons par conséquent d'exposer l'état des études auxquelles nous venons de faire allusion, en suivant l'ordre chronologique, qui nous a semblé le plus indiqué dans une matière où il faut faire une place prépondérante justement aux influences d'ordre pratique et social, pour tâcher d'apporter une contribution, qui ne peut être que très modeste.

Il nous a toutefois semblé utile de faire précéder l'exposition des différents projets de réforme d'un exposé, le plus possible exact, des défauts du système du Code civil et de la loi du 23 mars 1855, tout en supposant connu ledit système. Et cela pour deux ordres de raisons, pour poser d'abord d'une manière précise les termes du problème et aussi pour nous éviter des redites qui seraient autrement inévitables et pour constituer ainsi un solide point de repère dans cette exposition des projets de réforme.

Nous avons, de plus, cru très utile de dédier une étude spéciale à la même question en Italie, car dans ce pays où les rédacteurs du régime foncier du Code civil de 1865 se sont inspirés de la législation française et plus particulièrement des projets français de 1850, les études qui nous intéressent ont été très approfondies et des projets législatifs ont été officiellement préparés, qui peuvent utilement être examinés en France.

Nous pensons même que cette étude comparée s'impose non seulement pour cette raison d'ordre général mais aussi pour une considération toute particulière. Il est en effet admis qu'il faut souhaiter une unification du droit et on sait que non seulement il a été fondé dans ce but un Institut International à Rome et une Commission française d'études a été instituée au Ministère de la Justice en France, mais qu'il a été déjà réalisé un projet de Code des obligations et des contrats commun à la France et à l'Italie, dont le texte définitif a été approuvé à Paris en octobre 1927, en constituant ainsi « la première et forte assise d'un droit commun mondial », comme on lit dans le rapport à ce projet (1).

(1) *Projet de Code des obligations et des contrats*, Imprimerie Nationale, Paris, 1929 ; *Libreria dello Stato*, Roma, 1928, p. xxxv.

Si ce projet se limita, pour sa première réalisation, au droit des obligations et des contrats, où l'unification paraissait la plus urgente et la plus aisée, il est certain que l'effort doit être continué. Avec raison, le projet n'a pas cru devoir « faire figurer dans la partie générale certaines institutions qui, dans le Code italien et, pour certaines d'entre elles, dans le Code français, ont l'air de constituer comme des appendices à la théorie des obligations et en forment la partie finale, tels que la transcription, les privilèges, les hypothèques, la séparation des patrimoines du défunt et de l'héritier, l'expropriation et la contrainte par corps » (1). Mais les liens très étroits de ces institutions avec le régime du droit des obligations suggèrent ainsi une réglementation unique. Le même rapport prévoit la nécessité de cette réglementation à propos de la condition des sous-acquéreurs à l'égard de l'action paulienne. On lit en effet dans ce rapport : « Il sera nécessaire d'ailleurs que ces règles générales soient coordonnées avec les règles sur la transcription qui peuvent, bien entendu, exercer une influence décisive sur la bonne ou la mauvaise foi de l'acquéreur ou du sous-acquéreur » (2).

Dans un premier chapitre nous allons donc exposer les inconvénients que présente le système actuel, dans les quatre chapitres suivants nous allons tracer les quatre phases à travers lesquelles les études et les vues législatives sont passées à partir de l'ancien droit jusqu'à nos jours. Dans le chapitre sixième nous examinerons l'état des études et des projets en Italie. Dans un dernier chapitre enfin nous exposerons notre point de vue en forme de conclusion.

(1) Rapport, *ibid.*, p. XLV.

(2) Rapport, *ibid.*, p. XCV. — Cette remarque vient d'autant plus à propos que dans les projets français les plus récents aucune règle sur la transcription n'a été établie à ce point de vue, tandis que de ce problème se sont beaucoup occupés les projets italiens.

CHAPITRE PREMIER

Les inconvénients du régime actuel de la publicité foncière

5. *Division.* — Tout en supposant connu le système actuel de publicité, nous allons dans ce premier chapitre exposer les inconvénients et les défauts de ce système dans le but de tracer un tableau pratique qui puisse constituer un point de repère dans l'exposition des réformes proposées. Nous diviserons cette étude en six sections.

SECTION I

Caractère facultatif de la transcription

6. *Généralités et précisions.* — Malgré le grand intérêt de l'acquéreur à transcrire afin de rendre son titre opposable à tous et quoique le droit proportionnel de transcription soit perçu lors de l'enregistrement (2), un grand nombre d'aliénations ne

(1) Sur la transcription : Flandin, *De la Transcription*, 2 vol., 1861 ; Mourlon, *De la Transcription*, 2 vol., 1862 ; Verdier, *Transcription hypothécaire*, 2 vol., 1864 ; Troplong, *Traité de la Transcription*, 2 vol., Paris, 1864 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5^e édit., II ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. III (M. Picard), n^o 626 et s. ; A. Colin et Capitant, I, n^o 914 et s.

Sur l'inscription : Grenier, *Traité des hypothèques*, 3^e éd., 1829 ; Valette, *Traité des privilèges et hypothèques*, 1846 ; Troplong, *Privilèges et hypothèques*, 4 vol., 5^e éd., 1854 ; Aubry et Rau, 5^e éd., t. III ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. XII et XIII (Becqué) ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Traité du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, 3^e éd. (3 vol.) ; Beudant, *Sûretés personnelles et réelles* (2 vol.) ; Guillonard, *Traité des privilèges et des hypothèques* (4 vol.) ; André, *Traité pratique du régime hypothécaire*, 3^e éd., 1915 ; A. Colin et Capitant, t. II, n^o 1053 et s.

(2) Loi du budget du 28 avril 1816, art. 52 et 54.

sont pas publiées et il n'y a pas dans la loi une sanction directe (1).

La transcription n'est pas seulement facultative dans le sens que la propriété étant transférée entre parties par le simple consentement, la loi française ne connaît pas le principe absolu de la transcription ; mais aussi dans le sens qu'elle ne connaît non plus le principe relatif de la publicité, suivant lequel un acquéreur de droits soumis à publicité ne peut être inscrit dans les registres sans que son auteur l'ait été lui-même. Puisque l'omission de la transcription du droit de l'auteur n'empêche pas la transcription, il s'ensuit tout d'abord qu'il est difficile de reconstituer toute la filière des transferts de propriété, ce qui est d'ailleurs nécessaire puisque les transcriptions et les inscriptions sont faites sous les noms des différents propriétaires (2). Mais il y a bien plus.

Le caractère facultatif de la transcription peut, en effet, mettre en défaut l'efficacité de celle-ci, même dans les limites restreintes qui lui sont propres (3). Au cas où plusieurs aliénations volontaires entre vifs ont été faites successivement sans être suivies de transcription, il ne suffira pas au propriétaire actuel de faire transcrire son titre pour être protégé contre les ayants cause du vendeur originaire, qui invoquent des droits réels sur le même immeuble. Il suffit même que dans la série des mutations précédentes une seule n'ait pas été transcrite pour que l'acheteur risque d'être primé par l'ayant cause d'un de ses auteurs médiats. C'est ce qui a lieu au cas de conflit entre le sous-acquéreur d'un immeuble, qui a transcrit, et les ayants cause, acquéreurs ou créanciers hypothécaires du vendeur originaire ou d'un des propriétaires antérieurs. Le sous-acquéreur ne devient propriétaire que si le titre de son auteur est transcrit avant que les titres des ayants cause du premier vendeur n'aient été eux-mêmes transcrits.

Il en va de même au cas de conflit entre un créancier hypothécaire de l'acquéreur dont le titre n'a pas été transcrit et un ayant cause, — acquéreur ou créancier hypothécaire. — Le premier

(1) En 1898, le nombre des ventes immobilières a été de 717.454 ; le nombre des transcriptions immobilières n'a été que de 501.113 ; il faut ajouter que ce chiffre ne comprend pas que des ventes, mais tous les actes soumis à transcription. V. *Bulletin de statistique et de législation comparée*, juillet 1899, p. 209 ; A. Colin et H. Capitant, t. I, p. 1008, note.

(2) V. n° 89.

(3) V. n° 24.

même ayant fait inscrire son hypothèque, se verra primé par les ayants cause du vendeur. Il pourra opposer son hypothèque à ces derniers seulement si l'acte d'acquisition de son auteur a été publié avant la transcription ou l'inscription de leurs propres titres.

SECTION II

Complication et incohérence de la publicité

7. *Généralités et précisions.* — Nous avons remarqué que ce système est compliqué et incohérent puisque deux régimes sont en présence, celui du Code civil pour les donations de biens susceptibles d'hypothèque et celui de la loi du 23 mars 1855 pour les autres aliénations. Sans entrer dans les détails, il faut rappeler que suivant cette loi, seuls peuvent opposer le défaut de transcription : l'acquéreur d'un immeuble par contrat à titre onéreux ou à titre gratuit (1), ou par adjudication, (mais non par testament) ; l'acquéreur d'une servitude, d'un usufruit, d'un droit d'usage ; le créancier hypothécaire (2), ou privilégié ; l'antichrésiste ; l'emphytéote ; le preneur, locataire ou fermier, dont le bail excède dix-huit années.

Le légataire à titre particulier et les créanciers de l'aliénateur ne sont pas des tiers ; sauf au cas de faillite du débiteur, car l'art. 490 C. com. confère alors à la masse des créanciers une hypothèque dont l'inscription doit être assurée par le syndic ; la masse peut opposer alors le défaut de transcription d'un acte antérieurement passé par le débiteur ; et sauf au cas de séparation des patrimoines rendue publique au moyen d'une inscription sur les immeubles de

(1) Le donataire n'aura cependant le plus souvent aucun intérêt à opposer à l'acquéreur le défaut de transcription, car ce dernier pourra presque toujours faire tomber la donation comme faite en fraude de ses droits (art. 1167 C. civ.). Néanmoins, cet intérêt subsiste s'il s'agit d'une constitution de dot, ou encore si le vendeur est solvable et peut indemniser l'acquéreur du préjudice que sa fraude lui a causé, ou enfin dans le cas où le titre du donataire soit antérieur en date (et antérieurement transcrit) à celui de l'acheteur demandeur en révocation paulienne V. A. Colin et H. Capitant, t. I, n° 929 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. III (par M. Picard), n° 645.

(2) Que l'hypothèque soit conventionnelle, légale ou judiciaire ; Req., 25 juillet 1887, D. 78.1.49, S. 77.1.441 ; Civ., 23 avr. 1884, D. 85.1.19 ; Req., 16 févr. 1887, D. 87.1.259 ; Req., 1^{re} déc. 1902, D. 1904.1.5, note critique de de Loynes.

la succession ; les créanciers séparatistes peuvent alors opposer le défaut de transcription d'un acte d'aliénation, émané de leur débiteur ; ou enfin au cas où le créancier se serait fait consentir par le débiteur une dation en paiement portant sur un immeuble (1).

Au contraire aux termes de l'art. 941 Cod. civil, le défaut de transcription d'une donation de biens susceptibles d'hypothèques peut être opposé par toute personne ayant intérêt.

Il y a là à signaler une inconséquence du système français : car, quand les créanciers sont placés en face d'un créancier hypothécaire qui a négligé de rendre son hypothèque publique, ils peuvent lui opposer ce défaut d'inscription ; placés en face d'un acte d'aliénation, qui leur nuit encore plus gravement qu'une hypothèque, ils ne peuvent pas opposer à l'acquéreur le défaut de transcription (2).

SECTION III

Insuffisance de l'étendue de la publicité dans le système actuel

8. *Division.* — Le système actuel est incomplet. L'étude de l'insuffisance du domaine d'application de la publicité comporte les quatre paragraphes suivants :

1° Défaut de publicité des acquisitions en vertu de la loi.

2° Insuffisance dans la publicité des extinctions des droits réels et des causes d'éviction.

(1) Pas même les créanciers saisissants qui ont transcrit le procès-verbal de saisie entrent dans les tiers qui peuvent opposer le défaut de transcription : Civ., 31 août 1881, D. P. 82.1.17, S. 82.1.248 ; Caen, 18 juin 1908, D. P. 1908.2.361, note de M. de Loynes, S. 1909.2.300 ; sauf au cas que le créancier saisissant soit créancier hypothécaire : Req., 25 juillet 1887, D. P. 78.1.49, note de M. Ch. Beudant, S. 77.1.441, note de M. Labbé, Req., 18 décembre 1888, D. P. 89.1.185, S. 89.1.64. Pour la critique de cette dernière jurisprudence, v. A. Colin et Capitant, t. I, n° 929, p. 999 ; note citée de M. Labbé ; Aubry et Rau, II, § 209, note 96. Dans le sens de la Cour de Cassation, v. Planiol et Ripert, t. III (par M. Picard), n° 647.

(2) Mourlon, *Transcription*, II, p. 48, n° 435 ; A. Colin et H. Capitant, t. I, n° 929 ; Planiol et Ripert, t. III (M. Picard), n° 649. La loi hypothécaire belge de 1851, art. 1^{er}, a fait disparaître cette anomalie (Cass. Belge, 8 mai 1856, *Pasicrisie Belge*, 1856, I, 260) ainsi que le Code Espagnol (art. 606). Le Code civil italien a suivi le système français (art. 1942) en étendant de plus aux actes à titre gratuit le régime des actes à titre onéreux (v. n. 207).

3° Insuffisance dans l'étendue de la publicité même par rapport aux actes translatifs. Mutations à cause de mort.

4° Exemption de publicité de certains actes à raison de leur nature.

§ 1. — DÉFAUT DE PUBLICITÉ DES ACQUISITIONS EN VERTU DE LA LOI

9. *Généralités.* — Tout d'abord, la loi ne pose pas en règle générale de rendre publics tous les modes d'acquisition de la propriété immobilière.

La loi du 23 mars 1855 ne désigne que les transferts de propriété ayant leur titre dans un acte. Les faits qui ne sont pas des conventions ne donnent pas lieu à transcription, bien que la loi y attache la translation de la propriété (1).

En laissant de côté *l'occupation*, qui ne peut être considérée comme un mode d'acquisition en droit français, par rapport aux immeubles, au profit des particuliers, que hors des frontières de la France (2), on peut dire, d'une façon générale, que cette loi laisse en dehors de la publicité le mode d'acquisition par l'effet de la loi et, par conséquent, les acquisitions qui ont lieu, en vertu de la loi, par suite de certains faits : les *usufruits légaux*, c'est-à-dire la *jouissance légale des parents* sur les biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans (art. 384) ; l'*usufruit résultant du régime matrimonial* adopté par deux époux ; les *servitudes légales* qui existent sans besoin d'une convention ; l'*accession immobilière*, soit industrielle, soit naturelle ; la *succession ab intestat et l'envoi en possession définitif des biens d'un absent*, sur lesquelles nous reviendrons, étant exclues aussi les mutations à cause de mort par testaments (3) ; l'acquisition d'un immeuble par la prescription acquisitive ou usucapion.

10. *Suite. Précisions.* — En tant que la servitude légale a un titre dans la loi elle n'est pas assujettie à la publicité ; mais ce qui est plus grave, même le règlement de la mise en œuvre de la servitude peut y échapper (art. 683 C. civ.), ainsi que les véritables charges de l'immeuble qui peuvent résulter des indemnités, dont

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, 1878, v. XXIX, n° 33.

(2) A. Colin et H. Capitant, t. I, n° 831 ; Laurent, v. XXIX, n° 34.

(3) V. n° 16.

le paiement aurait été retardé ou qu'on aurait établi sous forme d'annuités, et que le tiers acquéreur a intérêt à connaître.

La destination du père de famille n'est pas non plus assujettie à la publicité. Ce n'est pas à proprement parler la destination du père de famille l'acte générateur de la servitude, car ce qui donne naissance à cette dernière c'est l'accord des parties (1). Mais le titre donnant naissance à la servitude offre cette particularité d'être tacite et, par là même, d'être occulte, dispensé de la transcription (2).

Quant à la prescription acquisitive, il faut distinguer entre la prescription de dix-à-vingt ans, et la prescription trentenaire, car on s'est demandé si le juste titre exigé par l'art. 2265 ne devrait pas être transcrit ; mais c'est l'opinion négative qui l'a emporté (3). L'art. 2265 n'exige point la transcription et le tiers propriétaire ne figure pas dans la catégorie des personnes visées par l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855 ; sauf une exception : aux termes de l'art. 2180 C. civ. la prescription de l'hypothèque par dix-à-vingt ans au profit d'un tiers détenteur ne commence à courir qu'à partir de la transcription (4).

§ 2. — DÉFAUT DE PUBLICITÉ DES EXTINCTIONS DES DROITS RÉELS ET DES CAUSES D'ÉVICTION

II. Généralités. Renvoi. — L'anéantissement d'une acquisition antérieure, l'éviction, devrait trouver place dans l'organisation de la publicité au même titre que la transmission elle-même, car identique est l'intérêt des tiers. Mais la loi du 23 mars 1855 n'organise pas la publicité de l'anéantissement d'une acquisition antérieure. Les jugements prononçant la résolution, la nullité ou la res-

(1) A. Colin et H. Capitant, t. I, n° 824.

(2) A. Colin et H. Capitant, *ibid.* ; v. Tribunal Agen, 9 avril 1900, D. P. 1907.2.196.

(3) Bastia, 5 février 1890, S. 1890.2.136, D. P. 1890.2.363 ; Caen, 17 mars 1891, S. 1891.2.118 ; *Contra* Alger, 15 nov. 1890, S. 1891.2.53 ; *Contra* Laurent, XXIX, n° 33.

(4) Planiol et Ripert, t. III (par M. Picard), n° 707 et t. XIII, n° 1333. « Voici encore un de ces textes que l'on s'étonne de rencontrer dans le Code civil de 1804 » écrivent MM. A. Colin et H. Capitant, et ils ajoutent : « la raison de la solution alors adoptée est que le créancier hypothécaire ou privilégié, menacé par la prescription, doit être informé par la publicité de l'aliénation de l'immeuble affecté à son gage, de la conséquence que cette aliénation peut entraîner pour lui », t. II, n° 1409. V. n° 87.

cision ne sont pas laissés complètement à l'état secret ; mais ils ne sont pas soumis au système général de publicité. Ils ne comportent qu'une publicité bien imparfaite, au moyen de la mention en marge qui n'entraîne d'autre sanction qu'une amende à l'encontre de l'avoué négligent (art. 4 de la loi de 1855). Mais de plus, lorsque la résolution est constatée par une convention, elle demeure occulte et elle s'accomplit et produit tous ses effets, même à l'égard des tiers, indépendamment de toute publicité. Encore, la réalisation de l'événement qui joue le rôle de condition ne doit pas être publiée, qu'il s'agisse d'un fait matériel, ou qu'il dépende de la volonté de l'homme. La loi, d'une manière générale, laisse de côté les résolutions qui fonctionnent de plein droit et sans jugement, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une clause de condition résolutoire insérée dans l'acte translatif.

Mais la publicité serait nécessaire non seulement pour sauvegarder les intérêts des tiers qui, ultérieurement à l'anéantissement de l'acte d'acquisition, seraient tentés de négocier avec les propriétaires apparents ; elle devrait sauvegarder aussi ceux qui traitent entre l'acte translatif et son anéantissement, car en vertu de l'effet rétroactif de la résolution ou de la nullité, ces tiers sont sacrifiés.

Mais la loi n'organise nullement la publicité des causes d'éviction. C'est ainsi que l'éviction doit être envisagée non seulement lorsqu'elle s'est vérifiée, mais à d'autres moments, où les tiers ont intérêt à la connaître ; c'est-à-dire au moment où naît la cause d'éviction : le droit de résolution où la cause de nullité, et au moment où celui qui doit en bénéficier invoque cette cause ou ce droit. Il y a donc lieu de dénoncer : 1° l'insuffisance de publicité des annulations et résolutions de titres ; 2° le défaut de publicité des causes d'éviction : causes de nullité, de rescision, de révocation, de résolution, ainsi que le défaut de publicité des actes et conventions de nature à restreindre le droit de disposer ; 3° le défaut de publicité des actions directes à l'éviction. Mais l'étude détaillée de cette question sera faite à la section suivante.

§ 3. — INSUFFISANCE DE L'ÉTENDUE DE LA PUBLICITÉ PAR RAPPORT AUX ACTES TRANSLATIFS. MUTATION A CAUSE DE MORT.

12. *Actes de l'Autorité publique.* — Parmi les actes translatifs des droits réels échappent à toute publicité les actes de l'Autorité publique, qui déplacent la propriété d'un immeuble, ou qui, en

général, emportent acquisition, transmission, extinction d'un droit réel, si toutefois ces actes sont accomplis *iure imperii* (1), car les actes accomplis *iure gestionis* restent assujettis au droit civil et par conséquent à la transcription (2).

Même la décision de justice qui prononce l'expropriation d'un immeuble et qui consacre un transfert de propriété au profit de la partie expropriante, Etat, Commune, etc., obtient cet effet aussitôt, *erga omnes*, indépendamment de toute publicité, bien que le jugement doive être transcrit (3).

13. *Droit de rétention*. — Il faut remarquer que l'étendue même d'application de la publicité aux actes translatifs de droit privé n'est pas complète (4).

Reste en dehors de la publicité la constitution du droit de rétention, qui est un droit réel. Quoiqu'il y ait un intérêt incontestable à ce que la publicité soit assurée à la constitution d'un droit de ce genre, on a remarqué que cette lacune n'est pas très grave, étant donné que le droit de rétention suppose nécessairement qu'un immeuble n'est plus aux mains de son propriétaire, mais en la possession du créancier (5).

14. *Cession ou règlement de mitoyenneté*. — Les actes et jugements portant cession ou règlement de mitoyenneté doivent être considérés comme assujettis à la publicité pour devenir opposables aux tiers ; mais il y a controverse sur le point de savoir si le propriétaire qui a cédé la mitoyenneté d'un mur ou qui a fait l'avance des frais de construction d'un mur mitoyen édifié d'accord avec le voisin a le droit d'exercer son action en paiement ou en remboursement contre un tiers acquéreur de la propriété voisine et s'il est tenu de donner une publicité à ce droit pour le conserver. La jurisprudence considère la créance de la valeur de la mitoyenneté

(1) Troplong, n° 80 ; Flandin, I, n° 348 ; Verdier, I, n° 160.

(2) Flandin, I, n° 340, 347 ; Verdier, I, n° 160.

(3) Planiol et Ripert, t. III (Picard), n° 341.

(4) On a soutenu (Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, Paris, 1891, p. 132) que la transcription ne s'applique pas à la constitution des droits de superficie, parce que la loi de 1855 procède par voie d'énumération ; mais la superficie constitue une propriété immobilière et elle est par suite soumise à transcription. V. Troplong, n° 82 ; Flandin, t. I, n° 362 et suiv. ; Verdier, I, n° 18-24 ; Laurent, XXIX, n° 77 ; Berger, n°s 108 et 109 ; Planiol et Ripert, t. III (Picard), n° 331.

(5) A. Colin et H. Capitant, t. I, n° 920.

comme une charge réelle, qui ne se conserve qu'au moyen de la publicité (1).

Mais il arrive aussi qu'on utilise indûment le mur du voisin, sans en avoir acheté la mitoyenneté. Au cas où le constructeur disparaît après avoir vendu sa construction, ou au cas où il tombe en faillite, on se demande si le propriétaire du mur indûment utilisé a le droit de se faire payer le prix de la mitoyenneté par l'acquéreur, et, s'il est astreint à la publicité afin de conserver son privilège et son action en résolution au cas de faillite du constructeur. La jurisprudence reconnaît au propriétaire du mur ce droit (2), de sorte que l'acquéreur peut se trouver exposé à payer une seconde fois la valeur d'une mitoyenneté qu'il aurait déjà comprise dans la fixation de son prix (3).

15. *Baux, quittances ou cessions de loyers.* — On sait que le droit de jouissance du preneur, sans être un véritable droit réel, participe des droits réels en ce qu'il est, moyennant l'enregistrement opposable aux tiers acquéreurs de l'immeuble (art. 1743 C. civ.) et il est assujéti à la publicité lorsque l'effet doit s'en prolonger au delà de dix-huit ans (art. 2-4° et 3 l. du 23 mars 1855) (4).

Mais la loi laisse indécise la question de savoir si la publicité est nécessaire lorsqu'un bail, qui d'abord en était dispensé, est renouvelé avant son expiration, et que le total des années nouvellement stipulées et des années restant à courir dépasse la limite légale.

On peut, en outre, trouver que la durée de dix-huit ans n'est pas justifiée et qu'une autre limite serait beaucoup plus utile.

(1) V. Massigli, Rapport à la Commission extraparlamentaire du Cadastre, Procès-verbaux, fasc. 9, p. 103 ; A. Colin et H. Capitant, t. I, n° 765 ; Planiol et Ripert, t. III (Picard), n° 317 ; Paris, 25 nov. 1885, D. 86.2.189, S. 86.2.25, note Labbé ; Trib. Civ. Seine, 3 déc. 1928, *Gaz. Pal.*, 1929.1.52 ; Req., 10 avril 1889, D. 89.1.321, S. 89.1.401 ; Trib. Seine, 5 mars 1892, *Pand. Fr.*, 93.2.81, note Char-mont.

(2) A. Colin et H. Capitant, t. I, n° 765 ; Planiol et Ripert, t. III (Picard), n° 318 ; Req., 10 avril 1889, D. P. 89.1.321, note de M. Brésillion, S. 89.1.401, note de M. Labbé ; Civ., 22 janvier 1900, D. P. 1900.1.351, S. 1903.1.175.

(3) Nous avons déjà parlé des conventions qui interviennent pour régler la mise en œuvre des servitudes légales qui échappent à la publicité. V. *supra*, n° 10.

(4) A ce titre doit être transcrit le bail emphytéotique, qui serait soumis à la publicité aussi comme droit réel immobilier susceptible d'hypothèque.

De même on peut trouver que les quittances ou cessions de loyers ou fermages non échus devraient être assujetties à la transcription non seulement quand elles portent sur trois ans ou plus, mais même quand elles ne portent que sur un laps de temps beaucoup plus court (1).

16. *Défaut de publicité des mutations à cause de mort.* — Nous avons déjà vu (2) que l'héritier ab intestat, dont la vocation est formulée dans un texte de loi, échappe à toute obligation de publicité, hors le cas où une substitution fidéicommissaire est établie par testament (art. 1069, C. civ.).

Mais toutes les transmissions par décès, et non seulement celles ab intestat, échappent à la publicité. Les actes entre vifs étant seuls régis par l'art. 1^{er} de la loi de 1855, le légataire d'un immeuble n'a pas à faire transcrire le testament qui constitue cependant un titre translatif.

Des précisions sont nécessaires à ce sujet.

Nous faisons abstraction ici des difficultés pratiques qui peuvent être invoquées, pour nous tenir au fond de la question. Il y a lieu d'abord de remarquer que la question de la publicité ne se présente pas en cette matière sous le même aspect que dans le cas de transmission entre vifs. Elle ne joue aucun rôle dans l'acquisition des droits du défunt par l'héritier, car il est de principe que l'héritier ou le légataire est investi, à l'instant même du décès, de la propriété des biens du défunt. D'autre part, alors que la publicité détermine un ordre de préférence entre les acquéreurs, en cas d'aliénations successives du même bien par la même personne, il ne peut au contraire y avoir ni plusieurs dévolutions identiques à des héritiers ou à des légataires, ni concours d'une transmission par décès et d'une transmission faite de son vivant par le de cujus.

Il est intéressant, par conséquent, de retenir que la publicité des mutations à cause de mort, ne peut dès lors, avoir que deux utilités : la première c'est d'établir sans lacune la généalogie juridique des immeubles ; la seconde pourrait être celle de procurer au successeur, dont le nom figure au registre une attestation de la qualité d'héritier ou de légataire, au moins apparent et ménager

(1) Les mises en société d'immeubles doivent être transcrites comme actes translatifs, par suite de la reconnaissance de la personnalité juridique de la société. V. pour l'Italie n° 203.

(2) V. *supra*, n° 9.

aux tiers contractants avec lui une protection contre la revendication d'un héritier ou légataire préférable (1).

Les auteurs de la loi de 1855 n'ont pas considéré le premier point de vue. Quant à la seconde fonction, logique dans un système de publicité muni de la force probante, il est compréhensible qu'ils n'aient pas voulu instituer une publicité qui aurait été différente de celle qu'ils établissaient pour les mutations entre vifs.

Nous verrons que ces considérations n'ont pas cessé d'avoir des partisans, et qu'elles ont même influencé les rédacteurs du projet de la Société d'études législatives à maintenir la dispense de publicité pour les mutations et constitutions de droits réels par décès.

Nous n'avons ici qu'à poser les termes de la question.

C'est ainsi que nous nous bornons pour le moment à remarquer qu'on fait observer qu'en rapportant la publicité des mutations par décès, à celle des mutations entre vifs on arriverait à sacrifier les droits des légataires d'immeubles. Souvent le testament n'est pas connu d'eux toute de suite. L'héritier seul en a eu la révélation. Si on avait subordonné l'efficacité du legs envers les tiers à la formalité de la transcription, l'héritier, en procédant avec une hâte frauduleuse, à l'aliénation ou à l'hypothèque de l'immeuble, aurait pu rendre illusoire la disposition testamentaire du de cujus (2).

On ajoute d'ailleurs, que la protection des tiers est dès aujourd'hui accordée par la jurisprudence qui valide les aliénations et les constitutions de droits consentis par l'héritier apparent au profit des tiers de bonne foi (3).

Mais, d'un autre côté, l'utilité d'établir sans lacune la liste des propriétaires successifs d'un immeuble reste sans conteste, et, de plus, nous verrons que la publicité pourrait prévenir les difficultés de fait qui se présentent actuellement au sujet de la détermination de la qualité d'héritier apparent.

Mais il suffit ici d'avoir posé la question (4).

(1) V. Massigli, Rapport, Procès-verbaux de la Commission extraparlamentaire du Cadastre, fasc. 9, p. 115.

(2) A. Colin et H. Capitant, t. I, n° 936.

(3) V. n° 28.

(4) V. n°s 100, 120, 147 et s., 177, 195, 225, 238, 255.

§ IV. — EXEMPTION DE PUBLICITÉ DE CERTAINS ACTES
A RAISON DE LEUR NATURE

17. *Généralités.* — Il y a des actes concernant l'attribution de la propriété sans être translatifs ; tout en ne transférant pas la propriété, qui est acquise au propriétaire en vertu d'une cause antérieure, ils peuvent servir de titre. Nous pouvons classer ainsi ces actes : actes déclaratifs, confirmatifs, abdicatifs, promesses unilatérales de vente, donation de bien à venir ou institution contractuelle.

18. A. — *Défaut de publicité des actes déclaratifs.* — La loi actuelle laisse donc en dehors de ses dispositions les actes simplement déclaratifs, tels que :

a) Le partage, dont le caractère déclaratif est écrit dans l'art. 883, quelle que soit la cause de l'indivision (succession, société dissoute, communauté entre époux, etc.).

La jurisprudence assimile au partage la cession de droits successifs à titre onéreux, entre cohéritiers (Civ. 10 nov. 1862, D. P. 62.1.470, S. 63.1.129. V. cependant Civ. 6 avril 1886, D. P. 87.1.68, S. 87.1.149) ;

b) Les jugements d'adjudication, lorsque l'immeuble mis aux enchères est adjugé à l'un des copropriétaires (1) ;

c) La transaction, dont le caractère déclaratif est reconnu par la jurisprudence (2) lorsqu'elle n'implique pas cession d'un immeuble litigieux (3).

19. *Précisions. Nature des actes déclaratifs et inconvénients du défaut de publicité.* — Il n'y a pas lieu ici de s'appesantir sur l'ori-

(1) Si l'adjudicataire est un tiers le jugement d'adjudication sur licitation devra être transcrit ainsi que les jugements d'adjudication sur saisie immobilière, les jugements d'adjudication de biens des mineurs ou dépendant d'une succession bénéficiaire ou vacante et les jugements d'adjudication sur délaissement par hypothèque. Quant aux adjudications sur surenchère ou rendus sur folle enchère, v. n° 20.

(2) Bordeaux, 17 mars 1892, D. 93.2.182, S. 94.2.9 ; Orléans, 24 nov. 1893, D. 94.2.287, S. 94.2.9.

(3) Planiol et Ripert, t. III (Picard), n°s 640 et 642 ; A. Colin et Capitant, t. I, n° 920 ; Pau, 10 août 1891, D. 92.2.543 ; Bordeaux, 17 mars 1892, D. 93.2.182, S. 94.2.9 ; Orléans, 23 novembre 1893, D. 94.2.287, S. 94.2.91 ; Civ., 3 décembre 1929, *Gas. Pal.*, 11 janvier 1930.

gine du principe déclaratif du partage, ni sur les constructions juridiques de ce principe (1). On sait que, suivant un premier système, le partage est considéré comme translatif de sa nature et l'effet déclaratif n'est considéré que comme une pure et simple fiction légale (2) ; tandis qu'un second système voit dans l'effet déclaratif l'expression véritable de la nature propre du partage tout en faisant une certaine place à la fiction (3). Au décès du de cujus les successeurs n'ont qu'un droit indéterminé sur chacun des biens indivis, mais ce droit, que le partage devra asseoir et délimiter, a sa source dans la transmission successorale elle-même. Dans ce système, la fiction concourt à l'organisation de l'effet déclaratif en lui attribuant sa rétroactivité. Dans un troisième système, on élimine toute idée de fiction : chacun est réputé avoir été propriétaire sous condition suspensive des biens qui composent sa part, sous condition résolutoire de ceux qui sont mis au lot des autres : la rétroactivité des deux conditions est le mécanisme juridique qui réalise l'effet déclaratif (4).

Quoiqu'il en soit, c'est la seconde conception qui domine le droit français actuel (5).

Parmi les nombreuses conséquences du caractère déclaratif du partage, il intéresse ici de remarquer que du moment que le partage ne déplace pas la propriété, il échappe à transcription pour la raison que le transfert de propriété s'est opéré à l'instant du décès, de part la dévolution héréditaire, qui n'est pas davantage assujettie à la transcription.

Or, les actes déclaratifs de propriété immobilière aussi bien que les actes translatifs tenus secrets laissent place à des entreprises frauduleuses à l'égard des tiers aussi bien qu'une vente, un échange ou une donation. Si un ex-communiste cède sa part indivise alors que ses droits sont déjà limités par le partage, il pose un piège

(1) Wahl, *Les variations de la jurisprudence sur les différentes questions relatives à l'effet déclaratif*, Livre du Centenaire du C. civ., I, pp. 43 et s.; Planiol et Ripert, IV (J. Maury et H. Vialleton), n^{os} 367 et s. et la bibliographie citée en note 1.

(2) Cette idée a joué un très grand rôle dans la doctrine. La formule la plus simple se trouve dans Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, n^o 3270 et A. Colin et H. Capitant, III, n. 696; V. également Laurent, n^o 395; Hue, V, n^{os} 438 et s.

(3) V. Siesse, Paris, 1922, pp. 456 et s. et pp. 471 et s.; Aubry et Rau, X, § 525, n^o 1.

(4) Demolombe, XVI, n^o 264.

(5) Capitant, *L'indivision héréditaire dans Revue critique*, 1924, pp. 19 et s.

identique à celui du vendeur qui opère de nouveau la vente d'un immeuble alors qu'il a déjà transmis son droit de propriété. De même après adjudication sur licitation intervenue au profit d'un copartageant, seul le copartageant adjudicataire a le droit de grever ou d'aliéner l'immeuble : si les tiers n'en sont pas avertis, ils peuvent croire que les autres copartageants peuvent encore leur concéder des droits sur l'immeuble commun, droits subordonnés, il est vrai, à la condition que l'immeuble serait ensuite mis dans leur lot.

Il faut cependant reconnaître que l'intérêt de cette publicité n'est pas de tous points semblable à celui qu'offre la publicité des actes translatifs ; mais il serait considérable, même en faisant abstraction de la nécessité d'une telle publicité pour l'établissement d'un tableau fidèle et exact de toutes les mutations successives d'un immeuble.

Il est certain que si l'on considère comme non avenu le partage non transcrit à l'égard des tiers qui auraient traité avec l'un des cohéritiers avant le partage, ou qui, dans l'ignorance du partage accompli auraient acquis des droits de l'un des anciens communistes, dans le sens que les tiers puissent prétendre exercer les droits ainsi acquis à l'encontre du copartageant définitivement propriétaire, on va à l'encontre de la règle de l'effet déclaratif.

Or, il importe de rappeler que la règle de l'effet déclaratif a été justement édictée pour empêcher que la part de l'un des cohéritiers, telle qu'elle ressort de l'ensemble des opérations du partage, puisse se trouver entamée par suite des actes accomplis par un de ses cohéritiers au cours de la période d'indivision. La loi n'a pas voulu qu'un héritier puisse profiter de l'époque d'indivision pour dissiper la part de ses cohéritiers avec la sienne : si ces actes étaient opposables à l'héritier attributaire, celui-ci pour obtenir sa part indemne n'aurait qu'une action récursoire contre son cohéritier. C'est pour cette raison que la loi a préféré sacrifier l'intérêt des tiers, en réputant non avenues les charges consenties à leur profit dans l'intervalle et en rejetant sur eux le risque de l'insolvabilité du constituant.

Dès lors, le problème se pose de voir si la règle de l'inopposabilité du partage non transcrit serait compatible avec le respect de la règle de l'effet déclaratif du partage. Au cas de réponse affirmative il faudra voir si une meilleure réglementation des effets de la publicité des actes déclaratifs, qui conserverait tout son intérêt, ne

pourrait être réalisée au moyen de l'application de la transcription aux actes déclaratifs, ou, tout au moins, au moyen d'un régime, en harmonie avec cette forme de publicité (1).

20. B. — *Défaut de publicité des actes confirmatifs.* — La loi laisse en dehors de la publicité les actes confirmatifs, qui ont lieu lorsqu'un acte d'aliénation, frappé d'une publicité relative, est confirmé (art. 1338 C. civ.) (2).

Il faut nommer ainsi certains jugements d'adjudication qui, bien que réalisant un transfert, sont dispensés de publicité parce qu'on les considère comme confirmatifs de droits préexistants : les jugements sur surenchère, lorsque l'immeuble est adjugé au premier adjudicataire (art. 2189 C. civ.) (3), et le jugement d'adjudication sur folle enchère (4) : ce dernier ne réalise pas un nouveau transfert mais seulement la substitution d'un acquéreur à un autre (art. 779, C. pr. civ.) (5).

21. C. — *Défaut de publicité des actes purement abdicatifs.* — a) *Les renonciations faites, avant toute acceptation, à un legs ou à une succession ouverte* sont dispensées de publicité, car la renonciation est retroactive et le renonçant est réputé n'avoir jamais eu de droits sur la succession ou sur le legs (art. 785 C. civ.).

b) *La renonciation à la prescription acquisitive, relative à un immeuble, n'est pas soumise à la transcription, car la prescription n'est qu'un moyen d'acquérir, de rendre possible la manifestation de volonté prévue à l'art. 2223, en sorte que la renonciation à la prescription n'a pas un caractère translatif, mais c'est l'abdication d'une faculté non encore exercée* (6).

(1) V. n° 143-144-224-253.

(2) Planiol et Ripert, t. III (M. Picard), n° 642 ; Bordeaux, 9 juillet 1879, S. 80.2.293.

(3) Si cependant le jugement frappé de surenchère a été transcrit. Voilà une disposition qu'on est étonné de trouver dans le Code civil de 1804 : « L'acquéreur ou le donataire, qui conserve l'immeuble mis aux enchères, en se rendant dernier enchérisseur, n'est pas tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication. »

(4) Si cependant l'adjudication prononcée en faveur du fol enchérisseur a été transcrite.

(5) A. Colin et Capitant, t. I, n° 920 ; Planiol et Ripert, t. III (Picard), n° 640 ; Aubry et Rau, II, 209, texte et note 39.

(6) Planiol et Ripert, t. III (par M. Picard), n° 753 ; A. Colin et H. Capitant, t. I, n° 880.

La renonciation en matière immobilière à une prescription admise par jugement passé en force de chose jugée doit être au contraire transcrite (1). Doivent également être transcrits les actes portant abandon de la mitoyenneté en vertu de l'art. 656, abandon du fond assujetti à servitude en vertu de l'art. 699 (2).

d) *Le délaissement*, c'est-à-dire l'abandon de la possession matérielle de l'immeuble, par lequel le détenteur s'affranchit de l'obligation hypothécaire, et à la suite duquel il est nommé un curateur à l'immeuble délaissé, contre qui la procédure d'expropriation est poursuivie, s'opère par une déclaration au greffe du Tribunal de première instance de la situation des biens (art. 2174, al. 1^{er}). Cet acte ne porte pas sur la propriété de l'immeuble hypothéqué, en sorte que le tiers détenteur en reste propriétaire et possesseur jusqu'à l'adjudication (3) : il ne doit pas être par conséquent soumis à transcription. Mais puisque le tiers détenteur conserve le droit d'établir sur l'immeuble des charges réelles, hypothèques ou servitudes, jusqu'à l'adjudication, et même d'aliéner l'immeuble avant la transcription de la saisie, les tiers acquéreurs de droits réels seraient intéressés à connaître ce délaissement.

e) *L'abandon des biens de la succession* de la part de l'héritier bénéficiaire (art. 802, 1^{er} al. C. civ.) qui se réalise soit au moyen de notifications individuelles aux créanciers et légataires intéressés (4), soit à l'aide d'une déclaration au greffe du Tribunal du lieu d'ouverture de la succession, par analogie avec le délaissement (5), ne dépouille l'héritier ni de sa qualité d'héritier, ni de son droit de propriétaire (6). Par suite cet acte n'est pas assujetti à la transcription. Mais les tiers ont certainement intérêt à connaître cet abandon, car ils doivent être fixés quant aux personnes qui ont désormais le droit d'administrer les biens et d'en disposer.

(1) V. Aubry et Rau, II, § 209, p. 440 ; Planiol et Ripert, t. III (Picard), n° 640 ; Laurent, XXIX, n° 98.

(2) V. Planiol et Ripert, t. III, n° 640.

(3) Pothier, *Hypothèques*, n° 119 ; Loyseau, *Du déguerpissement*, liv. IV, ch. III, n° 1 et liv. V, ch. I et XIV ; Planiol et Ripert, t. XIII, n° 1153 ; A. Colin et H. Capitant, t. II, n° 1318.

(4) Aubry et Rau, X, § 618, texte et note 16 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, n° 1418 ; Laurent, X, n° 106.

(5) Demolombe, XV, n° 215 ; Jossierand, III, n° 974 ; MM. A. Colin et Capitant considèrent les deux formalités comme équivalentes, t. III, n° 796.

(6) Aubry et Rau, X, § 618, texte et note 15 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, n° 1483.

Il est vrai, cependant que les inconvénients vis-à-vis des tiers sont limités par le fait même que l'abandon n'est pas définitif. L'héritier peut revenir sur sa décision en reprenant en main l'administration (1), de sorte que le tiers qui a traité avec l'héritier, nonobstant l'abandon, ne voit pas anéantir son acquisition.

Il y a cependant lieu de remarquer qu'à la suite de l'abandon, les créanciers et les légataires devront s'entendre pour liquider d'un commun accord ou pour charger de cette mission un curateur, qui, en cas de désaccord, pourra être nommé par le Tribunal.

En tout cas, les règles tracées par la loi pour la réalisation des biens successoraux devront être observées ; et la sanction ne pourra pas consister, en cas d'irrégularité, dans la déchéance du bénéfice d'inventaire, comme dans le cas où c'est l'héritier lui-même qui a dépassé ses pouvoirs (2) mais dans la nullité ; les tiers ont, par suite, intérêt à être parfaitement renseignés non seulement sur l'abandon mais aussi sur la nomination d'un curateur amiable ou d'un liquidateur-séquestre, nommé par le tribunal (3).

Il faudrait nommer encore *la cession de biens* (art. 1265 à 1270 C. civ.). Les créanciers n'acquièrent pas la propriété des biens abandonnés, mais seulement le droit de les faire vendre et d'en percevoir les revenus jusqu'à la vente (art. 1269). Par là même elle est dispensée de transcription, tandis que les tiers seraient intéressés à la publicité. Mais on sait que cette institution est devenue à peu près sans effet après la loi du 22 juillet 1867.

f) *Les retraits*. — Il faut assimiler à ces actes abdicatifs les actes constatant l'exercice d'une faculté légale de retrait, — retrait d'indivision (art. 1408, 2° al. C. civ.), retrait successoral (art. 84 C. civ.), retrait litigieux (art. 1699, C. civ.), — car le retrait emporte subrogation du retrayant aux droits de l'acheteur ou du cessionnaire sur qui ce retrait est exercé, et non transfert de propriété (4).

(1) En ce cas, la grande majorité de la Doctrine oblige l'héritier au paiement intégral des dettes et des legs, car sa décision comporte les effets d'une déchéance du bénéfice d'inventaire. Aubry et Rau, X, § 618, texte et note 20 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, n° 150 ; Wahl, note, 1893.2.117 ; *Contra*, Laurent, X, n° 110.

(2) V. n° 51.

(3) V. n° 51.

(4) Planiol et Ripert, t. III (Picard), n° 642 ; Aubry et Rau, II, § 209, p. 452. V. n° 64.

22. D. — *La promesse unilatérale de vente.* — *La promesse unilatérale de vente* n'opérant pas transmission de propriété, n'est pas soumise à la transcription (1).

Il est possible que, malgré sa promesse, le promettant vende la chose à un tiers. Ce tiers devient propriétaire et le bénéficiaire de la promesse ne pourra réclamer au promettant que les dommages-intérêts (2), sauf au cas qu'il puisse prouver que le tiers acheteur a été complice de la fraude dirigée contre lui, en vertu de la règle *fraus omnia corrumpit* (3).

23. E. *Donation de biens à venir et de biens présents et à venir.* — N'est pas soumise à la transcription de l'art. 939 la donation des biens à venir ou institution contractuelle prévue par les art. 1082 et 1083, qui n'entraîne pas transmission immédiate de propriété (4).

Toutefois, il y a des tiers qui auraient intérêt à la publicité : les tiers donataires. Le donataire antérieur qui n'aura pas fait transcrire son titre au moment de l'institution contractuelle sera primé par l'institué. Il en sera de même de l'acquéreur à titre onéreux antérieurement à l'institution mais non de l'acquéreur postérieur. En cas de pluralité d'institutions contractuelles la préférence se réglera par ordre de date (5).

(1) Aubry et Rau, II, § 209, p. 431 ; Planiol et Ripert, III (Picard), n° 642 ; A. Colin et Capitant, II, n° 514 ; Req., 26 mai 1908, D. 1909.1.425, note Percerou, S. 1909.1.327.

(2) Aubry et Rau, V, 349, p. 6 ; A. Colin et Capitant, II, n° 514 ; Toulouse, 30 nov. 1892, S. 94.2.29 ; Planiol et Ripert, X (Hamel), n° 179. Ces auteurs remarquent que le bénéficiaire de la promesse pourrait faire transcrire la promesse de vente, en vertu du principe que le receveur n'a pas à s'occuper de la validité de l'acte qui lui est présenté à la transcription ; la taxe de transcription sera d'ailleurs due au taux de 2,40 % ; Req., 21 janvier 1896, S. 97.1.245 ; Civ., 18 juillet 1882, S. 83.1.377. Cette transcription, comme l'inscription d'une hypothèque, pourra constituer une circonstance de fait pour établir la mauvaise foi de l'acquéreur ; en aucun cas, elle ne pourra établir de plein droit cette mauvaise foi.

(3) Nancy, 4 avr. 1906, D. P. 1908.2.1481, S. 1906.2.241, note de M. Bourcart ; Req., 15 avr. 1902, D. P. 1903.1.38, S. 1902.1.316.

(4) Req., 15 mai 1876, D. 27.1.196, S. 77.1.52 ; Planiol et Ripert, III (Picard), n. 657 ; V. (Trasbot), n. 776 ; Aubry et Rau, XI, § 739, p. 667 ; A. Colin et Capitant, III, n. 112 ; Josserand, III, n. 1779 ; Laurent, XXIX, n. 18 et s.

(5) On admet toutefois l'action des créanciers chirographaires sur les biens donnés parce que l'institué, au moins à titre universel, est tenu des dettes de l'instituant.

Quant à la donation des biens présents et à venir (art. 1084 et 1085) à défaut de transcription le droit d'option est compromis : en fait sinon en droit l'institué risquerait d'être privé de la faculté d'accepter les biens présents dont certains auraient été aliénés efficacement par le disposant (1).

SECTION IV

La publicité ne consolide pas les droits acquis

24. *Généralités.* — Non seulement la publicité n'est pas nécessaire pour le transfert de la propriété à l'égard des parties contractantes, mais même à l'égard des tiers, elle n'a par elle-même aucune force probante ; elle n'autorise, par conséquent, le tiers à tenir comme régulière la transmission qu'elle constate et à considérer comme titulaire véritable du droit réel celui qu'elle désigne en cette qualité.

La transcription du droit français n'a d'autre effet que de rendre les actes de transfert de la propriété immobilière opposables au tiers ayant sur l'immeuble des droits en concurrence avec ceux de l'acquéreur : elle rend inefficace à l'égard de l'acheteur les aliénations émanées du vendeur et non transcrites et elle arrête le cours des inscriptions d'hypothèques et de privilèges sur les précédents propriétaires de l'immeuble.

Mais même à ce point de vue ce résultat ne se produit qu'autant que le conflit s'élève entre personnes tenant leurs droits du même aliénateur.

Dans les conflits entre ayants cause d'auteurs différents le défaut de transcription ne peut être invoqué, car ce n'est pas la transcription qui détermine l'efficacité des droits en présence.

Nous avons déjà montré les inconvénients que peut engendrer ce principe en union avec celui du défaut d'obligatorité de la transcription (2).

(1) Laurent, XV, n° 260 et 279, XXIX, n° 51 ; Huc, VI, n° 462 ; Aubry et Rau, XI, 740, p. 702 ; A. Colin et Capitant, III, n° 1126 ; Josserand, III, n° 1796 ; Planiol et Ripert, V. (Trasbot), n° 789 ; V. cep. *contra*, Rouen, 24 mai 1841, P. 41.1.749.

(2) V. n° 6.

Au cas où l'acquéreur a affaire à un *non dominus*, le principe en vigueur est le vieil axiome *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*. L'acheteur succède au vendeur sans plus (v. not. art. 1599, 2124, 2125, 2182 C. civ.).

Par suite de ce même principe, l'acquéreur ou le prêteur ne sont pas seulement exposés à la revendication s'ils ont acquis *a non domino*, mais ils sont aussi exposés aux conséquences qui découlent d'un autre axiome, qui n'est qu'une nouvelle forme sous laquelle se présente le même principe : *resoluto jure dantis revolvitur jus accipientis*.

Alors même qu'ils ont traité sur la foi d'un titre transcrit, ils risquent d'être évincés par l'effet d'une action en nullité, en annulabilité, en résolution, en rescision, en révocation, dont la cause leur sera restée occulte ; car en vertu dudit axiome, les causes qui sont susceptibles de faire tomber un droit réel réfléchissent pour la plupart contre les tiers quoiqu'elles soient affranchies de toute publicité.

De ce chef, le législateur est bien loin d'avoir assuré la protection des tiers en fait d'immeubles aussi bien qu'il l'a fait en ce qui concerne les meubles au moyen de la règle « en fait de meubles possession vaut titre » (art. 2279 C. civ.).

25. *Classification des causes d'éviction*. — Nous avons déjà insisté sur la faible étendue donnée par le législateur de 1855 à l'organisation de la publicité de l'anéantissement des titres d'acquisition. Nous avons de même remarqué qu'il importe d'envisager l'éviction non seulement au moment où un acte ou un jugement définitif vient à consacrer les raisons de celui qui doit bénéficier de l'anéantissement, mais aussi à d'autres moments, où le tiers a également intérêt à la connaître, c'est-à-dire au moment où la cause de nullité ou de résolution vient de naître et où elle n'existe encore qu'à l'état de droit virtuel ; au moment où le bénéficiaire l'invoque en justice ; au moment où les événements qui entraînent l'anéantissement du droit se manifestent.

C'est un point de vue qui devra être tenu présent à l'esprit au cours de l'étude des réformes proposées.

Avant d'examiner dans quelle faible mesure la loi actuelle pourvoit aux exigences de la protection des tiers contre les risques qu'ils courent en traitant avec le propriétaire dont le droit est menacé,

il nous faut étudier de plus près ces causes d'éviction dans leur nature et dans leur origine.

Une classification n'est pas aisée.

Toutes les causes d'éviction n'opèrent pas de la même manière, les unes agissant de plein droit, les autres devant être reconnues par l'autorité judiciaire. D'après leur origine, il est des causes d'éviction qui résultent d'un contrat ou d'un acte et d'autres établies par la loi elle-même, dans une vue d'équité et par interprétation de la volonté des parties, soit par des considérations d'un autre ordre.

Une classification qui tiendrait compte à la fois de la nature et de l'origine des causes d'éviction, en vue d'une possible réglementation de leurs effets, mais en faisant abstraction de l'organisation actuelle de leur publicité et de leur capacité actuelle de réfléchir à l'égard des tiers, serait pour présenter quelque utilité, soit pour en tracer un tableau complet et logique, soit pour préparer le terrain à l'étude des défauts du système actuel et des possibles remèdes.

Elle peut être la suivante :

I. Dans une première catégorie, la cause d'éviction résulte de l'exercice par un tiers d'un droit sur un immeuble excluant ou diminuant le droit du titulaire actuel sur le même immeuble.

L'existence de cette cause d'éviction est, par suite, une conséquence de l'insuffisance de la publicité des droits sur les immeubles, que nous venons de dénoncer.

Relèvent de cette catégorie les causes d'éviction qui donnent ouverture aux actions réelles, c'est-à-dire à l'action en revendication du légitime propriétaire, à l'action confessoire de l'usufruitier ou du bénéficiaire d'une servitude, à l'action du créancier hypothécaire contre le tiers possesseur de l'immeuble hypothéqué, l'action pétitoire d'hérédité, les actions possessoires. Nous savons que l'action du preneur ou du fermier en vertu d'un bail d'une certaine durée, tout en n'étant pas une action réelle, peut être assimilée aux actions réelles (1).

II. Dans une deuxième catégorie on peut ranger les causes d'éviction qui résultent de l'exercice par un tiers non pas d'un droit sur l'immeuble, mais d'une faculté que la loi lui ménage d'attaquer un droit sur un immeuble en raison des vices qui l'infectent ou des modalités qui affectent sa naissance, lorsque ces vices et ces

(1) Il y a lieu de noter que nous faisons abstraction pour le moment de l'organisation du système actuel.

modalités sont de nature à ne pas se révéler immédiatement aux tiers et ne peuvent, par suite, être assujettis à la publicité.

On y rencontre les causes d'éviction qui donnent ouverture aux actions suivantes : action en répétition de l'indû ; action en déclaration de simulation ; action en révocation dite paulienne ; action en rescision pour cause de lésion ; voies de recours extraordinaires ; action en nullité absolue du titre pour inexistence ou inefficacité à cause de l'absence de l'un des éléments essentiels à sa formation, de l'inobservation des solennités requises pour sa conclusion, de la violation de l'ordre public ou des bonnes mœurs ; action en nullité de la vente de la chose d'autrui ; action en nullité relative pour vice de consentement ; action en nullité relative pour cause de violation de certaines incapacités spéciales d'acquérir édictées par la loi et qui ne peuvent pas être assujetties à aucune publicité préalable, notamment celle des personnes visées par les art. 1506 et 1597 Cod. civ. ; action en nullité pour cause de violation d'une prohibition légale de recevoir des libéralités de personnes déterminées ; action en nullité pour cause de violation de l'indignité successorale ; action en nullité pour cause d'incapacité naturelle des personnes qui ne comprennent ce qu'elles font, lorsque la cause de l'incapacité relève d'une circonstance qui ne peut pas être assujettie à une publicité préalable.

La caractéristique de ces causes d'éviction est celle d'être rebelles à toute publicité préalable, de sorte que la protection des tiers ne peut être obtenue qu'au moyen d'une disposition qui leur ôte leur force de réflexion contre les tiers, ou bien au moyen des principes de légalité et de force probante des registres publics du système des livres fonciers.

III. Dans une troisième catégorie on peut ranger les droits de résolution, en prenant le mot dans son acception la plus large, pour lesquels il y a une possibilité de publicité.

On y comprend tout d'abord les droits de résolution résultant spécialement des clauses d'un contrat ou d'un acte, notamment le droit de retour en cas de donation, la faculté de réméré en cas de vente, les droits de résolution à l'arrivée de tel ou tel événement.

Deuxièmement on y comprend les droits de résolution établis par la loi, protégés par l'action en résolution ou en révocation ; le droit de résolution résultant de l'inexécution des engagements, le droit de révocation d'une donation ou d'une disposition testamentaire pour inexécution des charges, le droit de demander la déchéance

de l'usufruitier pour l'abus de jouissance, le droit à reprise après révocation de donation faite entre époux, ou après une révocation d'une donation ordinaire pour cause de survenance d'un enfant au donateur, le droit de révocation pour cause d'ingratitude, le droit au rapport en nature, le droit à réduction pour cause d'atteinte à la réserve héréditaire, les retraits : successoral, d'indivision, et litigieux.

IV. Dans une quatrième catégorie on peut ranger les restrictions au droit de disposer en matière immobilière, en prenant cette expression dans un sens large et en y comprenant non seulement les actes et conventions de nature à restreindre le droit de disposer mais aussi les restrictions à ce droit qui ont leur origine dans une disposition de la loi, à l'exception toutefois de celles qui sont rebelles à toute publicité, comprises dans la deuxième catégorie. A la restriction au droit de disposer on peut assimiler la restriction au droit de recevoir (1).

D'une manière générale les restrictions au droit de disposer peuvent être rangées en deux classes : les unes supposant en dehors du propriétaire une tierce personne au profit de laquelle elles existent ; les autres étant établies au contraire dans l'intérêt de la personne même dont elles atteignent le droit.

Dans la première classe on rencontre la restriction résultant de la stipulation d'un droit de retour en cas de donation et celle résultant de l'exercice de la faculté de réméré de la part du vendeur, et, en général, les restrictions insérées dans un acte ou convention et qui en découlent au profit d'une personne autre que le propriétaire : telle la promesse de vente avec droit d'option, tels les legs ou donations sous condition ou avec charge de restitution, telle la clause d'inaliénabilité qui rentre plus généralement dans la classe suivante.

Ces interdictions de disposer établies dans l'intérêt de certaines personnes se comportent comme les incapacités qu'on rencontre dans la classe suivante, mais à la différence de celles-ci elles sont organisées, comme nous venons de le dire, dans l'intérêt de ces personnes et non dans celui du propriétaire dont le droit est limité : l'indisponibilité qui frappe dans l'intérêt de la masse les biens du débiteur en état de faillite ou de liquidation judiciaire résultant

(1) Il y a lieu de remarquer que le droit de retour conventionnel et le droit de réméré peuvent être rangés indifféremment dans cette catégorie ou parmi les droits de résolution énoncés à la catégorie précédente.

des jugements de déclaration de faillite ou de liquidation judiciaire, l'indisponibilité résultant de la saisie immobilière, la restriction qui découle d'un arrêt de classement, la restriction qui résulte aussi au droit de l'héritier de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, au droit du détenteur du délaissement, au droit du propriétaire débiteur de la cession des biens, la restriction qui découle de la nomination d'un liquidateur ou séquestre en cas d'abandon des biens de la succession de la part de l'héritier bénéficiaire et de désaccord des créanciers et légataires, de la nomination du curateur de la succession vacante, de la nomination d'un administrateur au cas de défaut de l'héritier bénéficiaire de procéder à la réalisation des biens successoraux. On peut ranger dans cette classe aussi la restriction au droit de disposer de l'envoyé en possession provisoire des biens d'un absent et l'incapacité du mari de disposer entre vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté.

Dans la seconde classe on peut ranger les restrictions au droit de libre disposition qui sont la conséquence d'une clause contenue dans l'acte d'aliénation, convention ou testament, soit en vertu de la loi, soit par l'interprétation de la jurisprudence : biens de famille, inaliénabilité dotale, clause d'inaliénabilité, ou bien d'une incapacité personnelle, qui tantôt enlève au propriétaire la faculté de disposer valablement, tantôt subordonne l'exercice de cette faculté à certaines conditions d'habilitation : telle est l'incapacité des mineurs, des interdits, des internés, des individus pourvus d'un conseil judiciaire, des femmes mariées.

Ces incapacités tenant à l'âge, à l'état mental, à la prodigalité, au mariage, résultent des actes de l'état civil qui relatent les événements qui influent sur l'état civil des personnes et des jugements qui déclarent soit des faits influant sur l'état civil des personnes, soit des faits modificatifs de leur capacité civile.

Il faut ajouter que les restrictions qui découlent de certaines incapacités, notamment incapacité de recevoir à titre gratuit, sont prononcées pour des raisons d'ordre public.

26. *Les risques d'éviction dans la loi française. Plan. La garantie contre l'éviction.* — On sait que la loi française ne pourvoit que très imparfaitement à prévenir les tiers des risques qu'ils courent en traitant avec le propriétaire dont le droit est menacé ou à sauvegarder les intérêts de ces tiers.

Dans l'examen des inconvénients du système actuel nous ne suivrons pas strictement le classement que nous venons de tracer, qui présente son utilité en vue des possibilités théoriques de réglementation de la publicité. Dans l'analyse pratique du système actuel nous estimons que le mieux est de s'en tenir aux appellations consacrées par l'usage et par la terminologie du Code civil. Et puisque les droits et les facultés dont l'exercice constitue une cause d'éviction sont mieux connus sous le nom de l'action qui les protège en justice, nous classerons les évictions sous les différentes actions que la loi concède pour la protection de ces droits.

Nous ferons procéder cette étude par l'exposition des atténuations du principe de la rétroactivité apportées par la loi et par la jurisprudence.

Il y a lieu de rappeler que la valeur des actes d'administration faits par le tiers évincé est discutée et que l'opinion dominante maintient ces actes en vertu d'un mandat tacite donné par le véritable ayant droit (1).

Quant aux fruits de l'immeuble, en principe celui qui a perçu les fruits en doit la restitution quand son droit est résolu rétroactivement (art. 1183, 547 C. civ.) ; mais ce principe reçoit une limitation importante du fait que le possesseur de bonne foi peut conserver les fruits (art. 549 et 550 C. civ.). Des textes formels règlent d'une façon particulière le moment à compter duquel la restitution des fruits sera due. Il en est ainsi en cas de rescision de la vente pour cause de lésion (art. 1682), en cas de rapport dû par un héritier (art. 855), en cas de réduction d'une donation pour ingratitude ou pour survenance d'enfant (art. 958 et 962), en cas de recel (art. 792), en cas de restitution de l'indû (art. 1376 et 1378), en cas de vente à réméré (art. 1673).

Il est intéressant d'ajouter que le système actuel, justement parce qu'il ne pourvoit pas suffisamment à mettre le tiers à l'abri de l'éviction, ménage tout au moins une action de garantie contre l'éviction au profit du créancier de la chose à l'encontre du débiteur de la chose en vertu de tout contrat translatif à titre onéreux.

L'étude de la garantie contre l'éviction reste en dehors de cette étude ; mais il est nécessaire de rappeler que le système du Code civil antérieur au système de publicité des mutations immobilières de la loi de 1855, édictant expressément la garantie du vendeur pour

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 302, texte et note 75 ; Civ., 18 juillet 1854, D. 54.1.357, S. 55.1.36.

les servitudes non déclarées dans le contrat, ouvre la question de savoir si désormais la garantie est due au cas de servitude non déclarée, mais transcrite, et pose le problème théorique dans la nouvelle réglementation (1).

La majorité des auteurs maintient la garantie (2) ; mais il nous semble que le principe du Code civil (art. 1626 et 1638) doit être combiné avec celui de la publicité, qui doit faire considérer comme déclarée une servitude transcrite et par là même connue de l'acheteur au moment de la vente (3).

Toutefois l'inscription de l'hypothèque ne suffit pas pour exclure la garantie du vendeur. D'autre part il n'y a pas de garantie à raison de la révélation d'une servitude naturelle ou légale. Suivant l'opinion que nous acceptons la garantie pour charges non déclarées et non connues de l'acheteur d'une manière quelconque a lieu au cas de servitude constituée par la destination du père de famille ou par un partage, au cas où une servitude résultant d'un acte soumis à transcription a été publié entre la vente et la transcription de la vente par l'acheteur et enfin au cas de charges non soumises à transcription (4).

On sait que la loi concède à l'acheteur une garantie contre les vices cachés de la chose vendue, qui lui permet de rendre la chose et de se faire restituer le prix ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix (art. 1644). Lorsque l'acheteur a grevé la chose de droits réels tels que servitudes ou hypothèques l'exercice de la faculté de restitution de la chose agirait, de l'avis de certains auteurs, comme une action en résolution pure et simple qui ferait tomber les droits réels des tiers. Mais il est préférable d'admettre que l'acheteur ne puisse exercer l'action rédhibitoire qu'après avoir dégrevé l'immeuble des charges par lui constituées ; de la sorte, à notre avis, il n'y aurait pas là une nouvelle cause d'éviction à regretter dans le système actuel.

Mais il est des cas où le remède de la garantie contre l'éviction est susceptible d'engendrer lui-même de nouvelles causes d'éviction. Il en est ainsi au cas d'éviction partielle, visé par l'art. 1636

(1) V. n° 249.

(2) Aubry et Rau, V, § 355, p. 10 ; Laurent, XXIV, n° 269 ; Planiol et Ripert, t. II, n° 1493 ; Jossierand, t. II, n° 1109.

(3) Dans ce sens Mourlon, *De la Transcription*, I, pp. 166 à 168 ; A. Colin et Capitant, t. II, n° 564 ; Planiol et Ripert, t. X (Hamel), n° 102.

(4) A. Colin et Capitant, *loc. cit.*

C. civ., où l'acheteur *peut faire résilier la vente*. Cette résiliation ou résolution pourra réfléchir contre les tiers qui auraient acquis, dans l'intervalle, des droits de l'acheteur. Il en est de même au cas de vente avec indication de contenance lorsque la loi concède à l'acquéreur la faculté de dédit (art. 1618 et 1620 C. civ.). L'art. 1622 inclut alors dans le délai d'une année la durée de l'action en résiliation du contrat de la part de l'acquéreur.

27. *Atténuation du principe de la rétroactivité à l'égard des tiers.* — Au principe de la rétroactivité à l'égard des tiers la loi a apporté un tempérament d'ordre général dans l'art. 1321 du Code civil, en décidant que les contre-lettres ne sont pas opposables aux tiers, en sorte que si un tiers de bonne foi traite avec une personne qui se présente comme propriétaire de l'immeuble en vertu d'un acte apparent régulier, il ne pourra voir contester son droit sur le fondement d'un acte secret détruisant les effets de l'acte apparent.

La portée de cette disposition serait considérable si l'on décidait que le droit ainsi acquis par le tiers pourra être opposé non seulement au véritable propriétaire de l'immeuble, mais aussi à ses créanciers ou ayants cause ; mais la question est très douteuse et elle sera exposée au n° 31.

28. *Suite. Validité des actes de disposition consentis par l'héritier apparent* (1). — Une atténuation certaine des inconvénients du principe d'après lequel nul ne peut conférer à autrui des droits qu'il n'a pas, a été apportée par une jurisprudence séculaire par rapport aux actes de disposition consentis sur les biens de la succession par un héritier apparent. Quoique consenties *a non domino* les aliénations de droits immobiliers consenties par lui à titre onéreux à des tiers de bonne foi sont respectées.

La raison qu'on donne généralement est formulée par l'adage romain : *erro communis facit jus* (2). Cependant certains auteurs

(1) BIBLIOGRAPHIE. — Milliet, *La propriété apparente*, thèse, Paris, 1901 ; Morin, *la Sécurité des acquéreurs de bonne foi et les droits du véritable propriétaire dans les transactions immobilières*, thèse, Paris, 1902 ; E. Fontaine, *La propriété apparente et le crédit réel*, thèse, Lille, 1910 ; *Des actes accomplis par un titulaire apparent*, thèse, Bordeaux, 1925 ; Planiol et Ripert (Picard), t. III, n° 246 ; t. IV (Maury et Vialleton), n° 345 ; A. Colin et Capitant, III, n° 681.

(2) Caen, 21 février 1814, s. chr. ; Req., 3 août 1815, s. chr. ; Civ., 16 janv. 1843, D. 43.1.49, S. 43.1.97, et parmi les arrêts les plus récents, Civ., 26 janv. 1897, D. 1900.1.33, note Sarrut, S. 97.1.313, *Pand. Fr.*, 1901.1.209, note Charmont ; Req., 6 janvier 1930, D. H. 1930.49.

pensent que cette solution puisse être mieux étayée sur une faute de l'héritier véritable d'avoir, par sa négligence, causé la situation de fait génératrice de l'erreur commise par les tiers (1).

Il faut rappeler que beaucoup d'auteurs soutiennent la thèse contraire à la solution jurisprudentielle (2), et que cette thèse strictement juridique est acceptée par la jurisprudence belge (3), tandis que la loi italienne consacre le principe adopté par la jurisprudence française (art. 933 C. civ. it.) (4).

La majorité des auteurs et la jurisprudence font application de cette même théorie au cas d'action en déclaration d'indignité successorale, ils valident au profit des tiers de bonne foi tous les actes quelconques accomplis sur les biens héréditaires par l'héritier indigne (5).

29. *Autre exception : l'action paulienne* (6). — Un autre cas dans lequel la doctrine et la jurisprudence s'accordent à ne pas considérer applicable le principe « *resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis* » c'est celui de l'action révocatoire, dite paulienne (art. 1167 C. civ.), tout d'abord, en ce qu'elle atteint non pas un tiers quelconque, mais seulement celui qui répond à des conditions déterminées : ayant cause à titre gratuit ou ayant cause à titre onéreux complice de la fraude, et, en outre, en tant que, lorsqu'elle est exercée contre un sous-acquéreur, contre une personne qui tient la chose d'un acquéreur primitif, on applique, en l'absence de texte, à celui-ci le critère établi par le premier acquéreur : ce qui revient

(1) A. Colin et Capitant, t. I, n° 936 ; Crémieux, *De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent*, *Rev. trim. de droit civil*, 1910, p. 39 ; Morin, *La sécurité des tiers dans les transactions immobilières et la maxime « error communis »*, *Ann. Un. Aix*, 1906, t. II, pp. 25 et suiv. ; H. Mazeaud, *La maxime error communis facit ius*, *Rev. trim.* 1924, pp. 929 et s., spécial, pp. 952 et s. ; Aubry et Rau, t. X, § 616, note 32.

(2) Huc, I, n° 452 ; Laurent, IX, n°s 555 et s. ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n°s 936 et s. ; Van Biervliet, n° 254.

(3) Cass. Belge, 11 juillet 1878, D. 79.2.35 ; *Pandectes Belges*, v° *Héritier apparent*, n° 134.

(4) V. cependant n° 255.

(5) Poitiers, 25 juin 1856, D. P. 56.2.195 ; A. Colin et Capitant, III, n° 919.

(6) BIBLIOGRAPHIE. — Guillouard, *Etude sur l'action paulienne* ; S. Acher, *Essai sur la nature de l'action paulienne*, *Rev. Trim.* 1906, p. 80 ; A. Grouber, *De l'action paulienne en droit civil français contemporain*, thèse, Paris, 1913 ; Vigneron, *La fraude dans les transferts de droit*, thèse, Paris, 1920 ; Planiol et Ripert (*Esmein*). t. VII, 1931, n° 926 ; A. Colin et Capitant, t. II, n° 256.

à dire que la révocation ne l'atteint qu'autant que les deux ayants cause successifs, acquéreurs et sous-acquéreurs en sont, isolément envisagés, tributaires. Le droit acquis par le tiers n'est donc pas à la merci du droit de son auteur, mais il ne peut être atteint, qu'autant que le droit de celui-ci soit révoqué et que le tiers soit lui-même ayant cause à titre gratuit ou ayant cause à titre onéreux complice de la fraude (1).

D'ailleurs il est reconnu que ce n'est pas une action réelle, mais une action personnelle, quoiqu'elle soit dirigée, à la façon d'une revendication, contre les tiers qui détiennent les immeubles sortis du patrimoine du débiteur (2), et qu'il est impossible de l'assimiler aux actions en nullité ordinaires (3). S'il est difficile de la rattacher purement et simplement à l'art. 1382 et en particulier à la théorie de l'abus du droit pour en faire une action en indemnité, elle apparaît comme une action en nullité à but indemnitaire (4).

30. *Suite. Applications.* — Si le plus souvent cette action est dirigée contre une aliénation, vente ou donation, il faut remarquer qu'un acte juridique quelconque peut être attaqué par l'action paulienne. Il en va ainsi notamment dans les cas suivants :

a) Les actions des créanciers contre la renonciation qui aurait été faite par la femme à la communauté des biens (art. 1464 C. civ.), par l'héritier à une succession avantageuse (art. 788 C. civ.), par le légataire qui a répudié le legs (5), par l'usufruitier qui a renoncé à un usufruit (art. 622 C. civ.), par le grevé qui abandonne

(1) Req., 24 mars 1830, *D. Jur. Gén.* V° *Disp. entre vifs*, n° 2275, S. 30.1.252 ; 6 juin 1849, S. 49.1.481 ; Civ., 2 févr. 1852, D. 52.1.49, S. 52.1.234 ; Paris, 11 juillet 1829, S. 30.2.16 ; Orléans, 10 février 1876, D. 77.2.113, S. 76.2.321 ; Dijon, 31 juillet 1878, S. 79.2.21 ; Pau, 2 avril 1879, D. 81.2.73, S. 82.2.145 ; Paris, 9 août 1898, D. 99.2.485, S. 1900.2.235 ; Douai, 13 janvier 1905, S. 1907.2.142 ; Aubry et Rau, IV, § 313, texte et notes 23 et 24 ; Larombière, II, art. 1167, n° 46 ; Huc, VII, n° 223 ; Demolombe, XXV, n° 260 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, I (Esmein), note S. 1885.4.9 ; Planiol et Ripert, t. VII (Esmein), n° 959 ; *Contra*, Amiens, 26 mars 1825, S. 25.2.417 ; Paris, 2 février 1832, *D. Jur. Gén.* V° *Hypoth.*, n° 735, S. 32.2.301 ; Laurent, XVI, n° 465.

(2) Aubry et Rau, IV, S. 316, texte et note 4 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 707 ; Demolombe, XXV, n° 46 *bis* ; Laurent, XVI, n° 464 ; Larombière, II, art. 1167, n° 45.

(3) Aubry et Rau, IV, § 313, note 24.

(4) Planiol et Ripert, t. VII (Esmein), n° 967.

(5) Le légataire, de même que l'héritier, acquiert le bénéfice du legs par le seul effet de la loi (art. 1014 al.) de sorte que la répudiation donne certainement lieu à l'action paulienne. (Civ., 29 juillet 1902, D. 1903.1.383, note M. P., S. 1907.1.332).

par anticipation la jouissance de biens grevés de substitution (art. 1053 C. civ.) (1).

b) Les actions en révocation de l'acceptation de succession et de l'acceptation de communauté, bien qu'aucun texte ne fasse application de l'action paulienne, doivent être rapprochées de cette action.

c) L'action des créanciers en révocation de la renonciation à prescription consentie par le débiteur en fraude de leurs droits (art. 2225) quoique la renonciation à prescription ne soit pas un acte d'appauvrissement, ne produisant pas effet de plein droit (2).

d) On sait que le partage de communauté et le partage successoral ne sont pas révocables au moyen de l'action paulienne (art. 882, 1167 § 2 et 476 C. civ.), mais que les créanciers et les acquéreurs de droits réels (3) peuvent faire opposition à ce qu'il soit procédé aux opérations du partage hors de leur présence, et dans ce cas, si les copartageants ne font pas état de l'opposition, ils peuvent attaquer le partage au moyen de l'action paulienne (4).

Il faut cependant remarquer que la jurisprudence va jusqu'à admettre que les parts des copartageants sont rendues, par l'opposition, indisponibles entre leurs mains. L'opposition vaut saisie-arrest (5).

Cette solution va à l'encontre des principes que nous avons posés. D'après la thèse jurisprudentielle les tiers acquéreurs peuvent être atteints par l'action des créanciers sur la considération qu'il ne servirait à rien d'autoriser les créanciers à intervenir au partage, si d'autre part, leur débiteur pouvait se jouer d'eux en cédant ses

(1) Quelques auteurs ont estimé que la fraude ne serait pas nécessaire dans les cas de ces art. 622, 788, 1053 (Aubry et Rau, IV, § 313, texte et note 18) ; mais la plupart des auteurs ont repoussé ce système (A. Colin et Capitant, t. II, n° 259, B.) de sorte qu'on applique en tout le statut de l'action paulienne.

(2) V. *retro*, n° 21 ; Colin et Capitant, t. II, n° 265 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 694.

(3) D'après une jurisprudence constante, Req., 1^{re} juin 1891, S. 1891.1.401, D. P. 1892.1.212.

(4) Planiol et Ripert, IV (Maury et Vialleton), n°s 538 et s., 698 et s., t. VII (Esmein), n°s 951 et s. ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, III, n° 3247 ; A. Colin et Capitant, III, n° 728.

(5) Civ., 30 juillet 1895, D. 96.1.369, S. 97.1.19 ; Civ., 18 juillet 1899, D. 1900.1.17, S. 1900.1.27 ; Civ., 13 nov. 1897, S. 1898.1.161, note Lyon-Caen ; Req., 18 fév. 1901, S. 1901.1.191, D. P. 1901.1.166 ; Req., 10 juin 1902, D. 1904.1.415, S. 1904.1.121 ; Civ., 23 juin 1903, D. P. 1903.1.454, S. 1904.1.289, note Rimier ; Aubry et Rau, X, § 626, texte et note 66 ; de Loynes, note, D. 1900.1.17 ; Dalmbert, note, S. 1906.2.249.

droits héréditaires à un tiers sur le patrimoine duquel ils n'auraient aucune action.

Mais à l'égard des tiers, il est d'autre part nécessaire de reconnaître qu'une fois de plus on voit sacrifier un cessionnaire de bonne foi, qui n'est pas à l'abri d'une cause occulte d'éviction.

Ainsi toute une partie de la doctrine renonce à faire application de la règle de l'indisponibilité (1), et les Cours d'Appel n'ont pas osé l'appliquer à l'encontre des cessionnaires de bonne foi (2).

Quant aux autres partages on décide généralement que, n'étant pas exceptés par la loi du principe de la révocation paulienne, ils y demeurent soumis ; et il en va ainsi du partage de société, du partage d'une chose achetée en commun, du partage d'ascendants (3).

e) L'action contre un acte frauduleux du mari administrateur des biens communs, intentée par la femme qui accepte la communauté.

f) L'action en nullité contre toute aliénation faite par la mari des immeubles qui dépendent de la communauté postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention à l'art. 235 (art. 243 C. civ.).

g) L'action en révocation d'une constitution de dot. On sait que d'après la jurisprudence la constitution de dot, quant à l'exercice de l'action paulienne, a un caractère onéreux de sorte que les créanciers doivent établir la fraude du constituant, la complicité de l'époux doté, et, en outre, celle de son conjoint.

h) L'action en révocation exercée par le bénéficiaire d'une institution contractuelle contre les actes à titre onéreux, notamment les constitutions d'hypothèque ou de servitude, accomplies par l'instituant en fraude des droits de l'institué.

i) Les jugements eux-mêmes peuvent tomber sous le coup de l'action paulienne, lorsque le débiteur s'est laissé condamner par suite d'une collusion frauduleuse avec son adversaire. Cette action

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, n° 3234 ; Huc, n° 433 ; Van Biervliet, n° 335 ; Glasson, note D. 1896.1.369 ; Planiol, note sous Rouen, 9 mars 1904, D. P. 1904.2.145 ; Pilon, *Rev. Trim.*, 1902, p. 919 ; Hémar, *Rev. Trim.*, 1911, p. 661, 1914, p. 142.

(2) Bordeaux, 4 déc. 1872, D. 73.2.107, S. 73.2.71 ; Douai, 20 déc. 1890, D. 92.2.27. Dans le même sens A. Colin et H. Capitant, III, n° 728 ; Jossierand, *Cours*, III, n° 1182.

(3) Planiol et Ripert, VII (Esmein), n° 952.

s'exerce sous la forme d'une voie de recours, la tierce opposition (art. 474 et S., C. pr. civ.).

j) Les mêmes principes de l'action paulienne sont appliqués enfin à l'action en nullité des art. 446 et 447 C. com. qui n'est pas autre chose que l'application du principe de l'action paulienne aux opérations d'un failli au cours de la période suspecte (1).

31. *L'action en déclaration de simulation* (2). — Il faut distinguer de l'action paulienne l'action en déclaration de simulation formée par un créancier contre un acte du débiteur qui nuirait à ses droits s'il était véritable, mais qu'il prétend être purement fictif, car l'action paulienne attaque une véritable aliénation, tandis que la demande en déclaration de simulation est dirigée contre une aliénation purement apparente. Le but de cette action est de faire constater que le bien n'a pas été réellement aliéné et qu'il appartient encore au débiteur.

Cette différence, pendant longtemps méconnue par la jurisprudence est aujourd'hui acceptée unanimement.

On s'accorde désormais à reconnaître, par suite, que le créancier demandeur n'a pas à prouver que la simulation a eu lieu en vue de lui faire fraude, qu'il n'a pas à démontrer le préjudice, que tous les créanciers même postérieurs peuvent exercer l'action, que la preuve de la simulation peut être fournie librement ; la majorité des auteurs estime que cette action soit de plus imprescriptible. Mais la question qui nous intéresse davantage, c'est-à-dire la condition des sous-acquéreurs de bonne foi est très douteuse de sorte que la doctrine et la jurisprudence sont très divisées.

A raison de la grande différence de nature entre cette action et l'action paulienne, on s'accorde à reconnaître qu'il n'est pas possible de tirer des arguments d'analogie du statut qui régit cette action. Mais certains auteurs ont cru de pouvoir invoquer l'art. 1321, que nous avons déjà rencontré au n° 27.

(1) Thaller et Percerou, *Faillites*, I, n°s 743 et suiv. ; A. Colin et Capitant, II, n° 270.

(2) Planiol et Ripert, t. III (Picard), n°s 244 et 248 ; t. IV (Maury et Vialleton), n° 700 ; t. VI (Esmein), n°s 333 à 345 ; t. VII (Esmein), n°s 971 à 977 ; A. Colin et Capitant, t. II, n° 271 ; Jossierand, *Les mobiles dans les actes juridiques*, n°s 192 et s. ; Varambon, *Actes simulés ou frauduleux*, Rev. Pratique, t. III, n° 1857, p. 347 ; Planiol, *Rev critique*, 1886, p. 622 ; de Loynes, D. 97.1.505, 1908.2.129 ; Magnol, D. 1911.2.393 ; Thèses : Bartin, Paris, 1885 ; Fourcade, Nancy, 1887 ; P. Glasson, Paris, 1897 ; Boisselot, Paris, 1926.

Nous savons que d'après cet article l'acte secret n'est pas opposable aux tiers. Tiers ne sont pas seulement ceux qui ont acquis des droits réels du propriétaire apparent, mais aussi les simples créanciers chirographaires du propriétaire apparent, qui peuvent écarter la revendication, par le porteur d'une contre-lettre qui le reconnaît propriétaire, du bien qu'ils ont saisi.

Seuls ne peuvent écarter les contre-lettres, les successeurs universels : la solution jusqu'ici ne fait pas de doute.

Mais au cas où le conflit s'élève entre deux tiers, la question devient douteuse. Il peut arriver, et c'est le cas de l'action en déclaration de simulation, que parmi les tiers, les uns aient intérêt à invoquer l'acte apparent, les autres l'acte secret. Au cas d'aliénation fictive, quand les créanciers de l'aliénateur veulent saisir l'immeuble comme appartenant à leur débiteur au moyen de l'action en déclaration de simulation, alors que les créanciers de l'acquéreur invoquent les hypothèques qu'ils possèdent du chef de celui-ci sur le bien acquis par lui en apparence, ou alors que les sous-acquéreurs invoquent leurs droits de propriété acquis du chef de l'acquéreur fictif, certains auteurs pensent que le texte de l'art. 1321 est en faveur de ces tiers qui se sont fiés aux actes ostensibles.

En conséquence, suivant cette théorie, si un tiers de bonne foi traite avec une personne qui se présente comme propriétaire de l'immeuble en vertu d'un acte apparent régulier, il ne pourra voir contester son droit sur le fondement d'un acte secret détruisant les effets de l'acte apparent, ou d'une façon générale sur le fondement de la simulation, dont l'acte apparent était entaché ; et le droit ainsi acquis pourra être opposé non seulement au véritable propriétaire de l'immeuble, mais aussi à ses créanciers ou ayants cause.

La majorité des auteurs adopte cette solution (1) ; mais d'autres écartent le recours à l'art. 1321 sur la considération qu'il règle les conflits entre les parties et leurs ayants cause à titre particulier ou leurs créanciers chirographaires, mais non les conflits entre deux ayants cause des parties (2), et ils estiment que l'action réfléchira

(1) Planiol, *Traité élém.*, II, n° 1197, 1199 ; Aubry et Rau, III, n° 266, p. 448 et note 24 ; IV, § 313, note 531 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, I, n° 740 ; De Loygnes, note au D. P. 1908.2.129, et les auteurs qu'il cite ; Tissier, note au S. 1900.1.450 ; Planiol et Ripert, III (Picard), n°s 244 et 248 ; t. VI (Esmein), n°s 339 et 344, note 4 ; Grouber, n° 340.

(2) Planiol et Ripert, VII (Radouant), n° 975.

contre tout tiers détenteur, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi (1).

La jurisprudence s'est toujours abstenue d'invoquer l'art. 1321 lorsque l'action en déclaration de simulation est intentée par un créancier, mais elle est pourtant divisée. La Chambre Civile, suivie par quelques cours ne sacrifie pas les droits du véritable propriétaire pour sacrifier ceux des tiers même de bonne foi (2), alors que la Chambre des Requêtes et certaines Cours d'Appel statuent dans le sens opposé (3).

Il importe encore de signaler que les exceptions apportées par l'art. 1167 à l'exercice de l'action paulienne ne s'appliquent pas à l'action en déclaration de simulation, de sorte que les créanciers ont le droit, nonobstant l'art. 882 du Code civil, d'attaquer un partage consommé, lorsqu'ils soutiennent qu'il est simulé (4).

32. *Les différentes causes d'éviction. Les actions réelles.* — Parmi les causes d'éviction qui ont leur source dans les dispositions de la loi, on rencontre tout d'abord celles qui s'exercent au moyen des actions réelles proprement dites (5).

(1) A. Colin et Capitant, t. II, n° 271.

(2) Civ., 24 déc. 1834, S. 1900.1.450, en sous-note ; Civ., 23 nov. 1912, S. 1914.1.150 ; Paris, 6 juin 1872, S. 1900.1.450, en sous-note ; Alger, 8 juillet 1886, sous requête, 13 mars 1899 (qui évite de prendre parti dans la controverse), S. 1900.1.72 ; Paris, 5 juin 1905, D. 1908.2.129, note critique de De Loynes.

(3) Req., 25 janvier 1847, D. 47.4.342, S. 1900.1.450, en sous-note ; Req., 11 mars 1890, D. 93.1.369 ; Req., 20 juillet 1910, D. 1910.1.392, S. 1915.1.74 ; Douai, 10 mars 1849, S. 49.2.374 ; Caen, 17 mars 1873, S. 74.2.46 ; Orléans, 10 févr. 1876, D. 77.2.112, S. 76.2.321.

(4) Bourges, 18 juillet 1892, D. P. 92.2.609, S. 93.2.210 ; Civ., 17 nov. 1890, D. 91.1.25, S. 94.1.399 ; Dijon, 24 juin 1896, S. 97.2.175 ; Req., 27 nov. 1844, D. Jur. Gén. V° *Successions*, n° 2044, S. 45.1.284 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, n° 60 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Successions*, III, n° 3251 ; A. Colin et H. Capitant, II, n° 271 ; Planiol et Ripert, t. IV (Maury et Vialleton), n° 700 ; t. VI (Esmein), n° 344 ; t. VII (Radouant), n° 972.

(5) Debraud, *Essai sur la preuve de la propriété immobilière*, Revue Bourguignonne, 1893 ; Emmanuel Lévy, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, thèse, Paris, 1890 ; Beudant, note D. P. 94.2.329 ; Perceron, note D. P. 1902.2.353 ; Ripert, note D. P. 1908.1.413 ; Appleton, *De la revendication et de la Publicienne en droit français*, Revue critique, 1889, t. XVII ; A. Colin et Capitant, t. I, n° 960 et s. ; Planiol et Ripert, t. III (Picard), n° 355 et s. ; Aubry et Rau, t. II, § 219.

Parmi les actions réelles qui constituent une cause d'éviction, il faut nommer aussi les actions possessoires, car elles peuvent être exercées contre un tiers acqué-

L'action en revendication d'un immeuble dont est armé le véritable propriétaire, l'action confessoire de l'usufruit d'un immeuble qui appartient à l'usufruitier (1) ; l'action confessoire d'une servitude, appartenant au bénéficiaire de cette servitude et l'action négatoire de servitude exercée par le voisin contre une servitude que le tiers croyait avoir acquis ; l'action du créancier hypothécaire contre le tiers possesseur de l'immeuble hypothéqué en vue de le contraindre à payer ou à délaisser.

Ces causes d'éviction menacent les droits contre lesquels elles sont dirigées par suite, d'un côté, de l'insuffisance de l'étendue de la publicité que nous avons signalée à la section III, rendue plus dangereuse par le défaut d'obligatorité de la publicité dans les cas où elle est exigée, et, d'autre côté, par suite du principe que nous venons d'énoncer, que la publicité ne consolide pas les droits acquis.

On sait que, en dehors du cas d'occupation, ou bien le revendiquant tient son droit de la loi qui le fait résulter de tel ou tel fait, par exemple de la possession prolongée, ou bien son droit provient d'un acte volontaire qui lui a transféré la propriété. Nous n'avons plus à nous appesantir sur l'insuffisance de publicité de ces modes d'acquisitions, ni d'indiquer les modes d'exercices des droits qui donnent naissance à l'éviction. Nous dirons seulement que, suivant la formule de MM. Aubry et Rau (2), qui condense toute la jurisprudence, le revendiquant, pour faire la preuve de sa propriété à l'encontre du possesseur, n'aura même pas besoin de remonter dans sa démonstration toute la chaîne de ses prédécesseurs successifs, auteurs les uns les autres, mais il suffira de faire preuve d'un droit meilleur et plus probable que celui du défendeur, qui peut être un tiers de bonne foi, ou mieux encore, suivant la formule plus exacte de MM. Colin et Capitant, il lui suffira d'opposer à celui-ci des présomptions, des probabilités meilleures que celles qui découlent du fait de la possession (3).

reur de droits réels immobiliers dont la possession ne soit pas protégée par lesdites actions. Dans ce cas, l'action possessoire permet au possesseur de défendre la situation de fait dont il jouit et de s'y maintenir contre le véritable propriétaire, qui devra, quoique véritable propriétaire, faire statuer sur le fond du droit.

(1) L'usufruitier jouit aussi de l'action personnelle en délivrance si l'usufruit résulte d'un contrat ou d'un testament.

(2) 5^e éd., t. II, § 219.

(3) A. Colin et Capitant, t. I, n° 966.

Nous avons déjà signalé l'usucapion comme mode occulte d'acquisition. Il importe d'ajouter que lorsque le titre repose sur la prescription acquisitive les actes qui interrompent la prescription (art. 2244 et s. C. civ.) échappent aussi à toute publicité. Par conséquent, il peut arriver que le tiers acquéreur sur la foi de l'usucapion soit évincé par le propriétaire véritable par suite d'un acte interruptif de prescription, connu seulement par le possesseur, qui a transmis son droit apparent et par celui-ci tenu caché à l'acquéreur de bonne foi. En outre, lorsque l'usucapion est achevée, le possesseur est réputé propriétaire dès le moment où la prescription a commencé à courir, de sorte que les tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble pendant la durée de l'usucapion les voient rétroactivement consolidés, comme s'ils leur avaient été conférés par le vrai propriétaire et à l'inverse les droits réels consentis par le propriétaire depuis le début de la possession sont inopposables au possesseur, une fois l'usucapion accomplie (1).

Il faut encore rappeler que la prescription extinctive qui est une cause d'extinction propre aux démembrements de propriété et ne s'applique pas à la propriété elle-même (2), mais à l'usufruit (art. 617, 4^e al.), aux servitudes (art. 706 C. civ.) et aux hypothèques quant aux biens qui sont dans la main d'un tiers détenteur (art. 2180 C. civ.), échappe à toute publicité.

33. *L'action en répétition de l'indû.* — L'action en répétition de l'indû (art. 1376 et s. C. civ.), lorsqu'elle vise la restitution d'un immeuble en nature se rapproche de l'action en revendication : elle peut être dirigée contre le tiers acquéreur même à titre onéreux ou de bonne foi, qui, ayant acquis le droit avec les vices qu'il avait chez son auteur, peut être évincé par le *solvens* (3).

34. *Actions mixtes. Division.* — Mais à côté de ces actions il en est d'autres qui ont pour but de faire rentrer un immeuble dans le patrimoine du demandeur au moyen d'un anéantissement de l'acte qui a transféré les droits dont cet immeuble est l'objet.

(1) Planiol et Ripert, t. III (Picard), n° 748 ; A. Colin et Capitant, t. I, n° 879.

(2) Req., 12 juillet 1905, D. P. 1901.1.141, S. 1907.1.273, note de M. Wahl, 20 févr. 1907, D. P. 1907.1.227 ; Civ., 20 nov. 1906, *Gaz. Pal.*, 1906.2.481.

(3) Aubry et Rau, VI, p. 317 ; Demolombe, XXXI, n°s 409 et s. ; Laurent, XX, n° 378 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, IV, n° 2845 ; Demogue, III, n° 119 ; Planiol et Ripert, t. VII (Esmein), n°s 736 et s. ; A. Colin et Capitant, t. II, n°s 233 et s.

Il nous faut examiner ces différentes actions qui sont appelées des actions mixtes, parce que, bien que n'étant pas des actions réelles, elles ont cependant pour résultat d'anéantir le transfert de propriété qui s'était produit antérieurement : ce sont l'action en nullité, l'action en annulabilité, l'action en rescision, l'action en résolution, l'action en révocation, l'exercice des droits de retrait, le rapport en nature, l'action en réduction des donations, les voies de recours extraordinaires. Nous allons étudier ces différentes causes d'évictions dans les paragraphes suivants.

§ I. — ACTION EN NULLITÉ ET ACTION EN ANNULABILITÉ

35. *Généralités* (1). — Il y a lieu tout d'abord de faire une différence entre l'action en annulabilité (ou en annulation). Avec la première on attaque un acte entaché d'inexistence, ou on fait valoir une nullité de plein droit ou absolue, lorsque, notamment, l'acte manque de l'un des éléments essentiels à sa formation (consentement, objet, cause), lorsqu'il est solennel et que les solennités requises pour la conclusion n'ont pas été observées, ou, enfin, lorsqu'il est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ; avec la seconde on fait valoir une nullité relative, qui ne résulte pas d'une règle légale dont le caractère impératif tient à la considération de l'intérêt général : elle est dirigée contre les contrats qui sont entachés d'erreur, de violence ou de dol, contre les contrats conclus par un incapable de contracter, soit que l'incapacité ait sa source dans la loi, soit qu'elle tienne d'une restriction au droit de libre disposition découlant d'un acte ou d'une convention.

Quoique la terminologie du Code civil soit très obscure et manque de précision en employant dans ce cas indifféremment les mots nul, action en nullité dans les divers sens que nous venons d'indiquer, cette distinction est désormais acceptée par les auteurs. Il n'y a pas lieu au contraire de faire une différence entre l'inexistence d'un

(1) Perrin, *Traité des nullités en matière civile*, 1816 ; Biret, *Traité des nullités de tous genres*, 1821 ; Solon, *Théorie sur la nullité des conventions*, 1835 ; Bufnoir, *Propriété et contrats*, pp. 646 et s. ; Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, III, pp. 1 et s. ; Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse, Paris, 1909, pp. 1 et s. ; Beudant, note D. 1880.1.145 ; Planiol et Ripert, t. VI (Esmein), n^{os} 280 et s. ; t. III (Picard), n^o 234 ; A. Colin et Capitant, t. I, n^{os} 64 et s. ; t. II, n^{os} 162 et s.

acte juridique et la nullité absolue, quoique la plupart des écrivains marquent cette distinction théorique.

Tandis que tout intéressé peut faire constater la nullité absolue d'un acte soit sous forme d'action, soit sous forme d'exception, au contraire l'action ou l'exception en nullité relative n'appartient qu'aux personnes auxquelles la loi accorde ce droit pour les défendre contre le dommage injuste que l'acte leur cause.

L'acte nul d'une nullité absolue ne peut être confirmé par ceux de qui il émane, tandis que les actes annulables peuvent être confirmés par celui qui a le droit d'en demander l'annulation.

L'action en annulabilité relative s'éteint par la prescription de dix ans (art. 1304), tandis qu'en ce qui concerne la nullité absolue, la jurisprudence décide que l'action s'éteint par la prescription de trente ans et elle peut être opposée par voie d'exception même au delà du délai de la prescription.

Lorsque nous avons classé les différentes causes d'éviction nous avons indiqué, parmi celles qui donnent ouverture à l'action en nullité ou en annulabilité, celles qui échappent à toute possibilité de publicité et celles qui, au contraire, sont théoriquement susceptibles de publicité. Il nous reste à examiner dans quelle faible mesure le système actuel y pourvoit.

36. *Incapacités* (1). *Classification*. — On peut faire d'abord une distinction entre l'incapacité de jouissance et l'incapacité proprement dite ou incapacité d'exercice.

L'incapacité peut être de disposer ou de recevoir.

L'incapacité de jouissance est assez rare dans le droit privé. On peut citer la double incapacité de disposer et de recevoir qui frappe les condamnés à des peines perpétuelles (L., 31 mai 1854, art. 3), l'incapacité de consentir des libéralités entre vifs qui frappe le mineur, l'incapacité de tester jusqu'à un certain âge, l'incapacité des associations non déclarées (art. 2, L., 1^{er} juillet 1901).

Les incapacités d'exercice sont des restrictions au droit de libre disposition établies dans l'intérêt de la personne même dont elles atteignent le droit, en enlevant, tantôt au propriétaire la faculté de disposer, tantôt en subordonnant l'exercice de cette faculté à certaines conditions d'habilitation.

(1) Planiol et Ripert, t. I (Savatier), n^{os} 247 et s. ; A. Colin et Capitant, t. I, n^{os} 63 et s.

Ces incapacités sont de fait ou naturelles, et elles atteignent les personnes qui ne comprennent pas ce qu'elles font : les enfants non arrivés encore à l'âge de raison, les aliénés sous l'emprise de la maladie, les idiots.

Les incapacités de droit ou légales résultent des causes suivantes : la minorité, l'interdiction des aliénés et des condamnés à des peines criminelles, l'internement, la nomination d'un conseil judiciaire, pour faiblesse d'esprit ou prodigalité, l'état de femme mariée.

Certaines incapacités ne sont pas édictées dans l'intérêt des personnes dont elles atteignent le droit, mais pour des raisons d'ordre public.

Sont aussi incapables les établissements publics et les œuvres ou associations suivant le degré de leur reconnaissance de la part de la loi.

Une incapacité spéciale d'acquérir est édictée par la loi pour les gens de justice en ce qui concerne les droits litigieux (art. 4597) pour les mandataires chargés de vendre, les administrateurs des communes, les tuteurs et les officiers pour les biens nationaux (art. 1596).

On peut rapprocher de l'incapacité les prohibitions interdisant à certaines personnes de recevoir des libéralités de personnes déterminées (1).

De l'incapacité proprement dite se rapproche l'interdiction au droit de disposer que nous examinerons après avoir examiné en détail dans quelle mesure la loi actuelle pourvoit à la publicité de ces différentes causes d'incapacité, naturellement aux cas où il y a une possibilité théorique d'y pourvoir.

36 bis. *Insuffisance de la publicité des causes d'incapacité : faits déterminatifs ou modificatifs de l'état civil et faits modificatifs de la capacité civile.* — Les faits qui déterminent la capacité civile et qui, en donnant lieu à la restriction au droit de disposer, donnent naissance à une cause de nullité et, par suite, à une cause d'éviction, ne sont pas rendus publics suivant la formalité relative aux immeubles ; et même en dehors de cette publicité, le Code civil n'a pas pourvu à rendre aisée la vérification de la capacité des personnes, ni par des mesures d'ensemble, ni par des procédés véritablement efficaces.

(1) La prohibition de la vente entre époux relève de l'état juridique des contractants, de sorte qu'elle rentre dans l'incapacité normale.

On sait que dans le système actuel la publicité des faits qui peuvent déterminer ou modifier l'état civil de l'individu est assurée au moyen des registres de l'état civil (1) ; mais ce système n'est pas complet et il ne réalise pas une concentration des renseignements affectant l'état civil d'une personne ; en outre, les registres ne relatent que les faits qui influent sur l'état civil des personnes et non les faits modificatifs de leur capacité.

A. — La publicité est assurée pour la naissance (art. 55 et suiv.), le mariage (art. 63 et suiv.), le décès (art. 77 et s.), la reconnaissance d'un enfant naturel (art. 62), la légitimation (art. 331), le divorce (art. 251), l'adoption (art. 367), les jugements déclaratifs de naissance (art. 55, § 2) ou de décès (art. 92), les mariages contractés à l'étranger (art. 171 nouvelle rédaction).

Mais l'émancipation, la séparation de corps, la reconnaissance d'un enfant naturel autant qu'elle n'est pas faite devant l'officier de l'état civil, les jugements relatifs à la filiation ne bénéficient pas de la publicité des registres de l'état civil.

B. — Les actes concernant une même personne peuvent être constatés sur les registres de différentes communes de sorte qu'il n'est pas facile de reconstituer commodément et vite son état civil. Mais on sait que cette lacune du code a été en partie comblée par des lois postérieures.

En vertu du Code civil même il devait être fait mention de l'acte de reconnaissance d'un enfant naturel en marge de son acte de naissance (art. 62, § 1^{er}).

Depuis 1886, le jugement de divorce est mentionné en marge de l'acte de mariage (et non de l'acte de naissance, ce qui eût été plus cohérent ; art. 251, § 2).

Depuis la loi du 17 août 1897, la célébration du mariage doit être mentionnée en marge de l'acte de naissance des époux (C. civ., art. 76, in fine) ; la légitimation d'un enfant naturel doit être mentionnée en marge de son acte de naissance (C. civ., art. 331 avant dernier alinéa). Et ces mentions devront être faites d'offices (C. civ., art. 49, § 1^{er}, nouvelle rédaction). Une loi du 13 février 1909 a ordonné qu'il fût fait mention de l'adoption en marge de l'acte de

(1) Planiol et Ripert, t. I (Savatier), n^{os} 174 et s. et la bibliographie citée p. 201 ; Colin et Capitant, I, n^{os} 382 bis et s. ; Ed. Lévy, *Notes sur l'état civil*, thèse, Paris, 1910 ; Ed. Lévy, *De la Transcription d'actes et de jugements sur les registres de l'état civil*, Paris, 1919.

naissance de l'adopté (C. civ., art. 367, § 4 et la loi du 17 juillet 1917, art. 8, pour les jugements d'adoption des pupilles de la Nation).

Il y aurait lieu d'exiger encore la mention en marge de l'acte de naissance, du décès (1), du divorce (2) et de la séparation de corps et il suffirait alors de connaître la commune dans laquelle un individu est né pour posséder son état civil entier au moyen de son acte de naissance et des mentions marginales y apposées.

C. — Mais, comme nous l'avons déjà remarqué, resteraient toujours en dehors les faits modificatifs de la capacité civile de l'individu, que les tiers ont intérêt à connaître : séparation de biens, séparation de corps, interdiction, nomination d'un conseil judiciaire, internement, changement de nationalité, déclaration de faillite ou de liquidation judiciaire.

37. *Précisions. Le mariage. Le contrat de mariage.* — Des précisions sont nécessaires soit par rapport à la publicité de certains faits modificatifs de l'état civil, soit par rapport à celle des faits modificatifs de la capacité civile.

La publicité du mariage est assurée par le registre de l'état civil. Le simple fait du mariage, qui donne origine à la puissance maritale, produit, comme principale conséquence, l'incapacité des femmes mariées (art. 215 et suiv. C. civ.). On sait que l'étendue de cette incapacité dépend du régime matrimonial sous lequel la femme est mariée, en ce sens que, suivant le régime choisi par les époux (communauté, séparation de biens, régime dotal, régime sans communauté) tantôt l'administration de ses biens personnels est confiée par la loi à son mari, tantôt, au contraire, c'est elle qui les administre, sans avoir besoin d'être autorisée par son mari. On sait aussi que la qualité de commerçante (art. 4 C. com. et suiv., art. 220 C. civ.) ou l'exercice d'une profession quelconque (Loi, 13 juillet 1907) distincte de celle du mari, ou encore l'intervention d'une séparation de corps judiciaire sont de nature à influencer sur cette incapacité.

(1) L'acte de décès reçu hors de la commune où le défunt était domicilié doit être transcrit sur les registres de son domicile (art. 80 C. civ., L. 20 nov. 1919) mais il n'est mentionné nulle part. Sur la proposition de M. Charpentier tendant à mentionner l'acte de décès en marge de l'acte de naissance, v. *J. Off.*, Doc. Parl., Sénat, 1924, n° 85. Le Sénat a repoussé cette proposition, mais la Chambre a voté, en 1924, une proposition de M. Ternois ayant le même objet.

(2) Actuellement le divorce est mentionné en marge de l'acte de mariage (art. 251, § 2, C. civ.).

Il ne suffit donc pas de rendre public le mariage, mais il faut donner pareille publicité à ces faits qui sont de nature à influencer sur l'incapacité créée par le mariage (1).

Dans le système du Code le contrat de mariage, régulièrement reçu, était par cela même opposable à tous, encore que clandestin. Le Code de commerce para au danger partiellement en organisant un régime de publicité au moyen d'affichage (C. com. art. 67 ; C. pr. c. art. 872), mais la sanction est bénigne en ce sens qu'elle n'atteint que le notaire coupable (C. com. art. 68) ou l'époux qui devient commerçant par la suite (C. com. art. 89). Le contrat de mariage demeure opposable aux tiers encore que non publié.

La loi Valette du 10 juillet 1850, qui a été incorporée dans les art. 1391 et 1394 C. civ., a réalisé une publicité du contrat de mariage en utilisant celle du mariage lui-même au moyen d'une reproduction sur le registre d'état civil des mentions figurant dans un certificat remis aux époux par le notaire rédacteur du contrat de mariage, ou d'une mention sur les registres que les époux ont déclaré se marier sans contrat. Mais la sanction ne consiste pas dans l'inopposabilité aux tiers du contrat non publié. C'est uniquement contre le statut de l'inaliénabilité dotale que la loi protège les tiers, à tous autres égards le régime contractuel des époux est parfaitement opposable au public.

Il faut ajouter que la loi du 18 mars 1919 sur le registre du commerce (2) impose aux commerçants de se faire immatriculer sur un registre tenu par le greffier du Tribunal de commerce ou du Tribunal civil et d'indiquer le régime matrimonial dans les cas prévus par les art. 67 et 69 du Code de commerce (art. 4-7). Mais la sanction du défaut d'inscription consiste dans une amende (art. 18) et le régime matrimonial, même non inscrit, n'en est pas moins opposable aux tiers (3).

(1) V. Planiol et Ripert, t. VIII (Nast), n^{os} 69 et s.

(2) Gombeaux, *La législation française du registre du commerce*, *Annales du droit commercial*, 1921, pp. 5 et s. ; 85 et s.

(3) Il semble, toutefois, que dans le cas où une femme dotale ait omis l'inscription de son régime matrimonial on devrait admettre ses créanciers à saisir ses biens dotaux. Dans le cas de déclaration mensongère, outre les sanctions édictées par l'art. 19 de la loi, on peut décider que la réparation due aux tiers consiste dans l'innopposabilité du régime matrimonial tenu secret. (V. Planiol et Ripert, VIII (Nast), n^o 75).

Il résulte, par suite, que la publicité n'a été organisée qu'en vue de parer aux inconvénients du régime dotal ; sauf au cas de collusion frauduleuse entre le notaire et les époux dont l'un serait commerçant et le cas où un commerçant ferait une déclaration mensongère sur le registre du commerce, le régime matrimonial même clandestin est opposable aux tiers.

D'une façon générale la publicité n'est qu'indirecte et incomplète : elle ne porte pas à la connaissance des tiers les clauses principales du contrat de mariage ni les apports des époux. Le contrat de mariage n'est assujéti à la publicité au moyen de la transcription que lorsqu'il entraîne une clause d'ameublement, c'est-à-dire de mise en communauté des immeubles d'un époux (art. 1505) ou lorsqu'il contient une clause de communauté universelle et que les époux possèdent des immeubles, et lorsque les immeubles apportés en dot par la femme sont livrés au mari avec estimation et avec clause portant qu'estimation vaut vente.

Il doit être assujéti à la transcription lorsqu'il contient une donation de biens présents (art. 1081 C. civ.) ; mais l'institution encontractuelle y échappe (1).

Il y a lieu de rappeler que les futurs époux peuvent combiner à leur gré les divers régimes matrimoniaux. Ils peuvent, par exemple, transporter dans un autre régime, et notamment dans la communauté, la règle de l'inaliénabilité qui forme le trait caractéristique des biens dotaux sous le régime dotal. La Cour de cassation a en effet décidé que le contrat peut rendre inaliénable les biens propres de la femme mariée en communauté (2). Si ces clauses d'inaliénabilité sont rares on sait que sont en revanche fréquemment employées les clauses obligeant les époux mariés en communauté à faire emploi des sommes appartenant en propre à la femme ou de faire remploi du prix des immeubles propres de la femme au cas où ils seraient aliénés (3). Or ces clauses peuvent imposer aux tiers, notamment à l'acquéreur de l'immeuble, l'obligation de surveiller l'exécution du remploi ; et un arrêt de la Cour de Cassa-

(1) V. n° 22.

(2) Req., 3 fév. 1879, D. P. 79.1.246, S. 79.1.353 ; Civ., 13 novembre 1895, D. P. 96.1.14, S. 99.1.267.

(3) H. Capitant, *Clauses d'emploi et de remploi*, thèse, Paris, 1889 ; Benech, *De l'emploi et du remploi* ; A. Colin et Capitant, III, n°s 96 et s. ; 197 et s. ; Planiol et Ripert, VIII (Nash), n°s 499 et s.

tion (1) a admis que le tiers qui fait une donation aux futurs époux dans leur contrat de mariage peut stipuler que les biens donnés, même pour la part appartenant au mari, ne seront aliénables qu'à la charge de remploi (2).

Les tiers sont par suite intéressés de connaître les causes d'emploi et de remploi qui auront été insérées dans le contrat, car le débiteur de la femme ou celui qui aura acheté un de ses biens sera obligé de surveiller l'exécution de l'emploi ou du remploi, sous peine d'être exposé de payer une seconde fois les deniers qu'il aurait imprudemment versé au mari.

Il y a lieu de rappeler que si l'emploi et le remploi ne sont pas imposés par une clause du contrat opposable aux tiers, mais sont simplement facultatifs, la loi (art. 1434 C. civil) les soumet, dans l'intérêt des tiers, à la condition générale de la double déclaration faite au moment de l'acquisition et, au cas d'acquisition faite pour le compte de la femme par le mari, à la condition spéciale de l'acceptation de la femme (art. 1435). Dans ce cas et lorsque l'acceptation de la femme intervient après coup, on discute si elle produit un effet rétroactif au jour de l'acquisition. S'il n'y a pas de rétroactivité les droits réels nés dans l'intervalle, du chef du mari, privilèges généraux, hypothèques légales et judiciaires, continuent à grever l'immeuble, aussi bien que les droits qu'il a volontairement consentis. C'est ce qu'il se passe suivant le système dit de l'offre, car le mari serait libre de retirer son offre tant qu'elle n'a pas été acceptée par la femme. Il n'en serait pas ainsi dans le système dit de la gestion d'affaires (3) où, au contraire, l'acceptation aurait effet rétroactif.

Dans un troisième système, dit de la stipulation pour autrui, le mari stipulerait pour sa femme et subsidiairement pour celui de la communauté ; il serait libre de révoquer la stipulation de sorte que les droits acquis à des tiers par suite de conventions volontairement consenties par le mari ne pourraient être rendues caducs par l'acceptation de la femme. Au cas d'acceptation les droits réels qui auront, du chef du mari, frappés de plein droit les biens communs dans l'intervalle, privilèges, hypothèques légales ou judiciaires, seraient anéantis, ne pouvant s'interpréter comme l'effet d'une révocation partielle.

(1) Req., 30 novembre 1886, D. P. 87.1.49, note Poucet, S. 87.1.401, note Sablé.

(2) V. *Sur l'inaliénabilité*, n^{os} 49-50.

(3) Labbé, *Revue critique*, IV, pp. 34 et s.

38. *La qualité de commerçante de la femme mariée et l'exercice d'une profession distincte. Retraits de l'autorisation maritale, du mandat tacite, des pouvoirs de la femme sur les biens réservés.* — La qualité de commerçante de la femme mariée n'est pas subordonnée à une publicité spéciale, car l'exercice du commerce est subordonné au consentement du mari, mais ce consentement affecte un caractère de généralité et est exempt de toute formalité (art. 4 C. com., art. 220 C. civ.). L'exercice d'une profession non plus. Quant à la nature des biens réservés, vis-à-vis desquels seulement la femme devient capable, la loi du 13 juillet 1907, art. 1^{er}, al. 4, établit une sorte de publicité constituée par un acte de notoriété, ou par tout autre moyen mentionné par la convention, qu'elle exerce personnellement une profession distincte de celle de son mari ; mais il s'agit là plutôt d'un mode de preuve que d'une forme de publicité. En ce qui concerne le retrait de l'autorisation d'exercer le commerce déjà donné, la loi n'organise aucune publicité.

Quant au retrait de l'autorisation d'exercer une profession distincte que le mari peut faire prononcer par le tribunal, soit en totalité, soit en partie (art. 2, Loi du 13 juillet 1907), la loi du 8 juin 1923 dispose que la décision prononçant le retrait des pouvoirs de la femme doit être inscrite en marge de l'acte de mariage et recevoir la même publicité que les jugements d'interdiction.

Aucune publicité n'est édictée enfin pour le retrait par le mari du mandat tacite de la femme pour les dépenses du ménage.

39. *Publicité du divorce* (1). — En regard à la publicité du divorce, qui restitue à la femme sa pleine capacité juridique et met fin au régime matrimonial qui déterminait les droits des époux sur les biens respectifs, elle ne date que de la loi de 1886. Auparavant il n'y avait publication du jugement que dans le cas où l'un des époux était commerçant (art. 66 C. com.). Dans ce cas, aujourd'hui la loi du 18 mars 1919, art. 5, 2^o, prescrit la mention du jugement sur le registre du commerce. Le Code civil (art. 250) prescrit aujourd'hui pour tous les divorces, l'affichage sur les tableaux exposés, à la fois, dans l'auditoire des Tribunaux civils et des Tribunaux de commerce et l'insertion dans certains journaux. Nous

(1) Planiol et Ripert, t. II (Rouast), n^{os} 571, 620 et s. ; t. IX (Nast), n^{os} 675 et s. ; A. Colin et Capitant, I, n^{os} 203 à 206 ; III, n^o 207.

avons déjà dit que mention du jugement ou de l'arrêt de divorce doit être faite en marge de l'acte de mariage (art. 251, § 2) (1).

L'art. 251, en outre, ordonne que le dispositif du jugement ou de l'arrêt soit transcrit sur le registre de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré. Depuis la loi du 26 juin 1919 qui a modifié les art. 244 et 252 et a mis fin au système du Code civil et de la loi de 1884, entre les époux et quant à leurs personnes cette transcription est sans effet et en ce qui concerne les biens des époux les effets du divorce remontent au jour de la demande ; mais à l'égard des tiers le divorce ne produira d'effet que du jour de la transcription.

40. *Défaut de publicité de la séparation de corps* (2). — Au contraire le jugement prononçant la séparation de corps n'est pas assujéti à la transcription sur les registres de l'état civil. La publicité n'est prévue que par les articles 880 et 872 C. civ. et elle consiste dans un affichage dans l'auditoire des Tribunaux de première instance et de commerce, et dans les chambres d'avoués et des notaires. Aucune publication dans les journaux n'est organisée. Si l'un des époux est commerçant, la loi exige la mention de la séparation sur le registre du commerce (art. 5, 2° ; loi du 18 mars 1919) en marge de l'acte de mariage.

Non seulement la transcription du jugement sur les registres de l'état civil, mais pas même la mention en marge de l'acte de mariage est exigée. Le jugement produit par conséquent ses effets dès qu'il est devenu définitif. Ce défaut de publicité est très grave depuis que la séparation de corps rend à la femme sa pleine capacité, emporte la séparation de biens entre les époux et par conséquent la restitution par le mari des biens de la femme et la liquidation de la communauté.

La séparation de biens accessoire à une séparation de corps (art. 311, al. 2, C. civ.) puisque la demande n'a pas à être publiée, si elle rétroagit au jour de la demande (3) cette rétroactivité est

(1) Et non de l'acte de naissance.

(2) Planiol et Ripert, II (Rouast), n°s 670, 680 ; t. IX (Nast), n°s 686 et s. ; A. Colin et Capitant, t. I, n°s 213, 215, 217 ; t. III, n° 225.

(3) Req., 20 mars 1855. S. 1855.1.401, D. P. 1855.1.329 ; Civ., 13 mars 1872, S. 1872.1.74, D. P. 1872.1.49 ; 18 juin 1877, D. P. 1877.1.445.

limitée *inter partes* (1) : au regard des tiers la séparation a lieu sans rétroactivité. Mais de toute façon, elle agit d'une manière occulte, car le jugement de séparation ne doit pas être assujetti à la transcription.

41. *Publicité de la réconciliation* (2). — Puisque la loi du 6 février 1893 a accordé à la femme séparée de corps une pleine capacité, la réconciliation des époux intéresse directement les tiers.

Une publicité a donc été prévue dans le nouvel art. 311, al. 4. Elle consiste dans un acte notarié constatant la réconciliation, dont un extrait doit être affiché dans la salle du Tribunal de première instance et dans celle du Tribunal de Commerce, si le mari est commerçant (art. 311 et 1445) ; mention doit être faite en marge soit de l'acte de mariage, soit du jugement ou arrêt de séparation. Un extrait doit être en outre publié par insertion dans les journaux du département recevant les annonces légales.

Tant que cette publication n'a pas été faite elle ne produit pas d'effet vis-à-vis des tiers.

42. *Publicité de la séparation de biens principale* (3). — Quant à la séparation de biens principale qui est prononcée sur une demande introduite à cet effet par la femme au cours du mariage (art. 1443 à 1452 C. civ. ; art. 865 à 874 C. pr. civ. ; L. 19 décembre 1928 ; L. 14 juillet 1929), la loi exige que la demande soit publiée tant pour avertir les tiers intéressés que parce que les effets du jugement de séparation remontent au jour de la demande (art. 1445). Cette publicité est organisée conformément aux articles 886 à 868 C. pr. civ. par l'affichage et l'insertion et le jugement de séparation doit être publié avant son exécution (art. 1445 § 1) conformément à l'art. 872 C. pr. civ. et les lois 19 décembre 1928 et 18 mai 1919, art. 5.

Ce système est bien inférieur à celui que la loi a établi pour les jugements d'interdiction

(1) Civ., 12 mai 1869, S. 1869.1.301, D. P. 1869.1.270 ; Lyon, 16 juillet 1881, D. P. 1882.2.175.

(2) Planiol et Ripert, t. II (Rouast), n^{os} 689, 695 ; A. Colin et Capitant, t. I, n^o 221 ; t. III, n^o 225.

(3) Planiol et Ripert, t. IX (Nast), n^{os} 709 et s. ; A. Colin et Capitant, t. III, n^o 218 A.

43. *Rétablissement de la communauté* (1). — On sait que la séparation de biens judiciaire n'est pas définitive et que les époux sont libres de restaurer leur régime primitif (art. 1451). Mais la loi y met des conditions de forme rigoureuses pour la validité entre les époux (art. 1451, § 2) et pour que le rétablissement soit opposable aux tiers il faut que la convention soit publiée dans les formes prescrites par l'art. 1445, c'est-à-dire soit affichée dans l'auditoire du Tribunal civil et si le mari est commerçant, dans celui du Tribunal de commerce ; et si l'un des époux est commerçant, l'acte doit être mentionné dans le registre du commerce (L. 18 mars 1919, art. 5, 3°) ; mais la sanction de cette formalité consiste dans une simple amende (art. 18 de cette loi) : même non mentionnée sur le registre, la convention de rétablissement est opposable aux tiers.

44. *Publicité de l'interdiction ou de la nomination de conseil judiciaire*. — Par rapport aux jugements d'interdiction ou de nomination de conseil judiciaire la loi du 16 mars 1893, en complétant l'art. 501 du Code civil, qui ordonne l'affichage de la décision dans l'auditoire du Tribunal et dans les études des notaires de l'arrondissement, a organisé un mode nouveau et pratique de publicité, appuyé sur le lieu de naissance de l'individu, mais non sur les registres de l'état civil (2). Un extrait est inscrit sur un registre spécial au greffe du Tribunal du lieu de naissance de l'intéressé (v. art. 501, 2° al.) ou du Tribunal de la Seine (art. 501, 3° al.) si l'intéressé est né hors de France.

La sanction du défaut de publicité n'est pas par ailleurs l'inopposabilité aux tiers qui ont traité avec l'incapable, mais uniquement la responsabilité des coupables (3) : demandeur en interdiction, tuteur de l'interdit, notaire, avoué, greffier, secrétaire de la Chambre des notaires et cette Chambre elle-même. Aucune publicité n'est imposée à la nomination par le Tribunal d'un Administrateur provisoire pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur

(1) Planiol et Ripert, t. IX (Nast), n°s 279 et s. ; A. Colin et Capitant, III, n° 224.

(2) V. Charmont, *Un nouveau mode de publication des incapacités*, *Rev. Crit.*, 1893, pp. 468 et s.

(3) Cela est certain pour la publicité de la loi de 1893. Pour la publicité par voies d'affiches du Code civil primitif c'est l'opinion dominante : Aubry et Rau, I, § 125, pp. 799 et 800 ; A. Colin et Capitant, I, n°s 577-582, mais la jurisprudence est incertaine. V. Planiol et Ripert, t. I (Savatier), n° 689.

en attendant une solution définitive du procès d'interdiction (art. 497 C. civ.).

Mais bien que la nomination de l'Administrateur dessaisisse le défendeur de ses biens (1), la Doctrine estime que cette règle doit être combinée avec celle du maintien de la capacité civile du défendeur à l'interdiction sous réserve de l'art. 503 : les tiers ne seront pas exposés, tout au moins de plein droit à la nullité des actes passés avec le défendeur après cette nomination (2).

Aucune publicité n'est édictée par rapport à l'internement des aliénés.

45. *Publicité de l'adoption* (3). — Quant à l'adoption (art. 345 à 370 C. civ. modifiés par la loi du 19 juin 1923) le jugement ou l'arrêt d'homologation doit être inséré dans un journal d'annonces légales du domicile de l'adoptant et affiché à la porte principale du Tribunal ou de la Cour. Le dispositif doit être transcrit sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté en marge de son acte de naissance. Le défaut de transcription n'est pas sanctionné par la nullité de l'adoption, mais par l'inopposabilité aux tiers (art. 368, § 2 C. civ.).

46. *Emancipation. Reconnaissance d'enfants naturels. Changement de nationalité.* — Nous avons déjà observé que l'émancipation ne bénéficie pas de la publicité des registres de l'état civil (4).

Il y a lieu de remarquer que pour l'exercice du commerce, c'est-à-dire soit pour pratiquer la profession de commerçant, soit pour accomplir un acte de commerce isolé, le mineur émancipé âgé de 18 ans a besoin d'une autorisation expresse et préalable qui doit être publiée au moyen d'enregistrement et affichage au Tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile.

La reconnaissance des enfants naturels en tant qu'elle n'est pas faite devant l'officier de l'état civil, c'est-à-dire s'il s'agit de recon-

(1) Ce qui est, d'ailleurs, discuté: v. Planiol et Ripert I (Savatier), n° 682.

(2) L'art. 335 C. civil édicte, au contraire, la nullité de droit des actes passés par l'interdit postérieurement non seulement au jugement d'interdiction, mais aussi à la nomination de l'administrateur provisoire, sans établir, pour cette nomination, aucune publicité.

(3) Planiol et Ripert, t. II (Rouast), n°s 1035 et s. ; A. Colin et Capitant, t. I, n° 309.

(4) Planiol et Ripert, t. I (Savatier), n°s 615 et s. et bibliographie citée.

naissance notariée ou judiciaire échappe à la prescription de l'art. 62 C. civ. (1) relative à l'inscription sur les registres de l'état civil et à la mention en marge de l'acte de naissance.

Il en est de même des changements de nationalité qui peuvent influencer sur la capacité des individus.

47. *Le Casier civil* (2). — Le double inconvénient de l'insuffisance et de la dispersion que présente le régime actuel de publicité des faits influant sur la capacité des personnes exige qu'on arrive à y remédier au moyen d'un système qui garantisse la publicité à la fois des faits influant sur l'état civil des personnes et des faits modificatifs de leur capacité et qui réalise, d'un autre côté, une centralisation de ces renseignements.

On observe que ce serait transformer le caractère des registres de l'état civil et en augmenter considérablement les dimensions que d'imposer la mention des faits modificatifs de la capacité des individus (3). Au contraire on est d'accord pour considérer très heureuse la tendance qui s'accuse de plus en plus de faire de l'acte de naissance le pivot de tout le système, en l'assortissant de mentions marginales, tout en signalant les lacunes qu'il faut combler (décès, divorce, séparation de corps).

C'est ainsi qu'on a proposé de pousser plus loin ce système de centralisation, en évitant, en même temps de surcharger les registres de l'état civil, au moyen d'une concentration complète au lieu de naissance de chaque individu, et par exemple, au greffe du Tribunal, des faits relatifs à l'état civil de l'individu et des actes qui viendraient modifier sa capacité, à l'instar du système ébauché par la loi du 16 mars 1893, relative à la publicité des décisions de

(1) Ed. Lévy, *Le scandale de l'art. 337 et l'énigme de l'art. 62*, *Rev. Trim.*, 1911, pp. 608 et s. ; Planiol et Ripert, t. I (Savatier), n° 187, t. II (Rouast), n° 839 ; A. Colin et Capitant, I, n° 264.

(2) Cannivet, Rapport à la Chambre des Députés sur le projet de loi sur la création du Casier civil, *J. Off.*, 17 février 1887 ; Theureau, *Les casiers judiciaires et un projet de casier civil*, Paris, 1892, extrait des comptes rendus de l'*Académie des Sciences morales*, 1892, I, 681 ; Charmont, *Rev. Crit.*, 1893, pp. 468 et s. ; Sermet, *Le casier civil*, Toulouse, 1901, et *Lois nouvelles* 1909, 2^e partie, pp. 27, 56, 69 ; Piron, *Le casier civil*, Paris, 1908 ; Ed. Lévy, *Notes sur l'état civil*, thèse, Paris, 1910, pp. 97 et s. ; Bourreau, *Centralisation de l'état civil*, Paris, 1915 ; Planiol et Ripert, t. I (Savatier), n° 176 et s. ; A. Colin et Capitant, I, n° 419 ; Josserand, I, n° 251 et s.

(3) A. Colin et Capitant, I, n° 419.

divorce ou de nomination d'un conseil judiciaire. On constituerait ainsi pour chaque individu un casier civil par des moyens analogues à ceux qui permettent déjà, au même greffe, la constitution des casiers judiciaires. Son dossier, classé à son nom, par ordre alphabétique, contiendrait des fiches mobiles relatives à chacun des faits survenus depuis sa naissance et influant sur son état et sur sa capacité civile. Sans modifier aucune des institutions existantes on atteindrait ce but en obligeant les officiers de l'état civil, les notaires et les avoués, lorsqu'ils dressent un acte ou obtiennent un jugement modificatif d'état ou de capacité, à en faire parvenir l'avis dans un bref délai au greffe du lieu de naissance.

Ce système rendrait fort discutable la nécessité de l'institution de la publicité des faits relatifs à la capacité au moyen de la publicité foncière. Ici il suffit d'avoir posé la question.

48. *Faillite. Liquidation judiciaire. Saisie.* — Nous avons déjà observé qu'une catégorie d'incapacité est organisée sous la forme d'une interdiction au droit de disposer au préjudice de certaines personnes, à savoir : dans l'intérêt de la masse par rapport aux biens du débiteur en état de faillite ou de liquidation judiciaire (art. 443 C. com., art. 4, Loi du 4 mars 1889) ; dans l'intérêt des créanciers par rapport aux biens du propriétaire saisi dans les termes de l'art. 686 du Code de procédure.

Dans ce dernier cas la restriction au droit de disposer est publiée au moyen de la transcription du procès-verbal de saisie, de sorte que les intérêts des tiers sont suffisamment protégés (1).

Une publicité tout à fait insuffisante est organisée dans le premier cas. L'indisponibilité date du jour du jugement et elle préexiste donc à la divulgation de ce jugement qui est plus ou moins assurée par des insertions dans les journaux et par un affichage (art. 442 C. com.). Cette indisponibilité dans le cas de faillite survit à la clôture par insuffisance d'actif et elle peut être une cause grave de surprise, s'il arrive que le failli acquière de nouveaux biens.

Il s'agit d'une forme d'incapacité qui pourrait être rendue publique au moyen du casier civil aussi bien qu'au moyen des formes de publicité propres à la propriété foncière, lorsque, naturellement le failli possède des immeubles. Il suffit d'avoir ici posé la question.

(1) En ce cas, il n'est pas besoin de faire prononcer la nullité, art. 686 C. pr. civ.

Des restrictions au droit de disposer résultant du retour conventionnel au cas de donation ou de l'exercice du réméré en cas de vente nous parlerons à propos du droit de résolution.

49. *L'inaliénabilité proprement dire. Généralités.* — L'inaliénabilité proprement dite est la condition dont la propriété se trouve frappée dans des situations exceptionnelles, tantôt en vertu de la loi, tantôt par la volonté des particuliers. soit qu'un texte positif de la loi autorise ces clauses d'inaliénabilité, soit qu'elles soient reconnues simplement par la jurisprudence, soit encore que l'aliénateur frappe le bien de lui-même, soit qu'une simple défense d'aliéner atteigne la personne du propriétaire.

Dans certains cas, la loi permet aux particuliers de rendre certains biens inaliénables, comme conséquence d'un régime déterminé :

1° Sous le régime dotal la dot de la femme est en principe inaliénable, même du consentement des deux époux (art. 1554 C. civ.). L'immeuble ne peut être ni aliéné, ni grevé de droits réels.

La sanction de cette inaliénabilité est la nullité relative, et l'action en annulabilité aboutit à la restitution de l'immeuble indûment aliéné et elle rejaillit par conséquent à l'égard des tiers acquéreurs de droits réels, sauf le recours dans les limites fixées par la loi contre le mari ou la femme.

Nous avons déjà indiqué dans quelles limites la loi du 10 juillet 1850 protège les tiers contre le statut de l'inaliénabilité des biens dotaux (1).

2° Les biens compris dans une substitution permise sont eux-mêmes frappés d'inaliénabilité pendant la vie de la personne gratifiée (art. 1048 et suiv. C. civ.).

Mais ces dispositions par actes entre vifs ou testamentaires à charge de restituer sont rendues publiques au moyen de la transcription pour les immeubles donnés ou légués ; en ce qui concerne les créances privilégiées ou hypothécaires, la publicité est réalisée dans l'inscription même de la sûreté, par une mention qui y est faite de la substitution (art. 1069, C. civ.). Il y a lieu de remarquer que c'est l'unique cas où la loi exige la transcription d'une disposition testamentaire et que le défaut de publicité peut être invoqué par les créanciers, même chirographaires ainsi que par les tiers acquéreurs de droits réels nés du chef du grevé (art. 1070) exceptés toutefois les

(1) V. n° 37.

acquéreurs à titre gratuit, suivant du moins l'opinion communément reçue (1). Quant aux ayants cause du disposant, auteur de la substitution, c'est la libéralité elle-même qui les intéresse et non la substitution, dès lors la donation immobilière leur est opposable en toute occurrence si elle a été transcrite ; à défaut de transcription elle n'existe pas pour eux.

3° Le bien de famille qui est insaisissable et insusceptible d'hypothèque, n'est aliénable que dans certaines conditions ; mais sa constitution doit être rendue publique (art. 8 et 9, l. 12 juillet 1909).

4° Les biens qui ont été frappés par un arrêt de classement (2) suivant la loi du 31 décembre 1913 (art. 1^{er}, 14°) sur les monuments historiques sont assujettis à certaines restrictions. Tout arrêté ou décret prononçant le classement doit être transcrit ; mais les restrictions qui se produisent du jour où l'administration des Beaux-Arts notifie au propriétaire sa proposition de classement, si, du moins, la décision intervient dans les six mois (L. 1913, art. 1^{er}, al. 3) suivent l'immeuble classé en quelques mains qu'il passe (art. 8) à partir de ladite notification.

50. *Clauses d'inaliénabilité* (3). — Mais en dehors de ces causes d'inaliénabilité établies par la loi, une jurisprudence remarquable permet aux particuliers d'établir, au moins dans une certaine mesure, l'inaliénabilité d'un bien par une clause contenue dans l'acte d'aliénation, une convention ou une clause testamentaire. La jurisprudence exige que cette clause soit justifiée par un intérêt légitime et qu'elle ne soit pas stipulée à perpétuité, ni pour un temps indéterminé (4).

La sanction de cette inaliénabilité se présente ou sous la forme de la révocation de la libéralité pour le cas où le donataire ou légataire contreviendrait à la défense du disposant, ou sous la forme d'une nullité de l'aliénation faite contrairement à la clause d'inaliénabilité.

(1) A. Colin et Capitant, III, n° 1269 ; *Contra* : Jossierand, t. III, n° 1889.

(2) Planiol et Ripert, t. III (Picard), n°s 419 et 630.

(3) Ancelet, *Revue de législation*, 1852, p. 158 ; Bretonneau, *Etudes sur les clauses d'inaliénabilité*, thèse, Paris, 1902 ; Chéron, *La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1906, p. 339 et s. ; Planiol et Ripert, t. III (Picard), n°s 223 et s. ; A. Colin et Capitant, t. I, n°s 745 et s.

(4) Civ., 20 févr. 1858, D. P. 58.1.154, S. 581.589 ; Civ., 24 janvier 1899, D. P. 1900.1.533, S. 1900.1.342 et Req., 16 janvier 1923, D. P. 1923.1.777.

La jurisprudence décide que cette nullité atteint toute aliénation (1), toute constitution d'hypothèque consentie par le gratifié (2), de même que toute renonciation faite par lui à l'hypothèque garantissant le service de la rente viagère dont il est le bénéficiaire (3), Elle est opposable à l'acquéreur même s'il est de bonne foi (4), en sorte qu'elle constitue une véritable cause occulte d'éviction lorsqu'elle est écrite dans un testament. Lorsque la clause résulte d'une donation, cette donation a été transcrite (art. 939 C. civ.) et les tiers ont été avertis de la clause d'inaliénabilité.

51. *Autres restrictions au droit de disposer. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire. La nomination d'administrateurs-séquestres. La nomination du curateur de la succession vacante. L'envoi en possession provisoire des biens d'un absent* (5). — Une indisponibilité particulière résulte de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire (art. 397 à 810 C. civ., art. 986 à 996 C. pr. civ.) consistant dans une déclaration au greffe du Tribunal et dans la rédaction d'un inventaire. On sait que le premier effet de l'acceptation bénéficiaire est celui de déterminer un isolement des biens de l'héritier d'avec la succession : à ce point de vue les tiers intéressés à la publicité de cette forme d'acceptation sont les créanciers du défunt qui ne pourront pas compter sur les biens de l'héritier et les créanciers de l'héritier qui ne trouveront pas en face d'eux les créanciers du défunt. Il y a lieu de rappeler que la loi attache à l'acceptation bénéficiaire l'arrêt du cours des inscriptions des privilèges et des hypothèques nés du chef du défunt (art. 2146, § 2, C. civ.). Mais la transcription de l'acceptation bénéficiaire ne pourrait pas dans ces cas jouer le rôle de protection de la bonne foi des tiers car ces droits réels ne sont pas acquis sur la foi de la liberté des biens, mais à une époque où la publicité ne pouvait jouer aucun rôle.

(1) Req., 11 juin 1877, S. 77.1.443.

(2) Rouen, 5 avr. 1905, S. 1906.2.225, note Tixier.

(3) Limoges, 23 févr. 1906, S. 1906.2.282.

(4) Paris, 25 mai 1902, *Gaz. Trib.*, 14 sept. 1901, *Rev. trim. dr. civ.*, 1907, p. 360.

(5) Georges, *De l'administration et de la liquidation de la succession bénéficiaire* ; Bastide, *Etude critique du bénéfice d'inventaire*, thèse, Paris, 1911 ; Becqué, *Des effets de l'acceptation bénéficiaire, en droit français et en droit comparé*, thèse, Montpellier, 1911 ; Percerou, *La liquidation du passif héréditaire en droit français et comparé*, *Rev. trim.*, 1905, pp. 535 et 810 ; Planiol et Ripert, *IV* (Maury et Vialleton), n^o 40 et s. ; A. Colin et Capitant, *III*, n^o 793 et s.

Mais l'acceptation bénéficiaire a aussi pour effet de réaliser l'administration et la liquidation de la succession. A ce point de vue l'héritier n'a pas une disponibilité complète des biens de la succession. Mais il y a lieu de remarquer que s'il n'observe pas les formalités instituées par la loi, par exemple, pour la vente d'un immeuble, la sanction ne consiste pas dans la nullité de l'acte, puisque celui-ci émane du propriétaire, mais dans la déchéance du bénéfice d'inventaire (C. pr. art. 988 à 989) ; dès lors les tiers ne sont pas atteints par cette sanction.

La loi italienne qui impose la transcription de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, met en relation la transcription avec la faculté de l'héritier de payer créanciers et légataires dans l'ordre où ils se présentent, à défaut d'opposition : cette faculté, qui est aussi un devoir, ne commence qu'après un mois à partir de la transcription (1).

Il importe de remarquer que faute par l'héritier bénéficiaire de procéder à la réalisation des biens successoraux la Jurisprudence (2), dans l'absence des textes, est arrivée à pratiquer le dessaisissement par nomination d'un administrateur-liquidateur, à pouvoirs de liquidation étendus : d'un administrateur-judiciaire, d'un séquestre, désigné parfois sous le nom de curateur à succession bénéficiaire (3).

Autant que les attributions du séquestre conservent un caractère de pure administration, on reste dans les limites de l'art. 1961, tout au moins si l'énumération de cette disposition n'est pas limitative (4). Mais la jurisprudence va jusqu'à reconnaître à ce séques-

(1) V. n° 205.

(2) Req., 17 décembre 1895, D. P. 1906.1.467 ; 26 févr. 1901, D. P. 1906.1.330 ; Paris, 9 févr. 1892, D. P. 1892.2.229, S. 1893.2.113 ; 25 janv. 1917, D. P. 1917.2.113, note Leloir.

(3) La même solution est donnée pendant l'indivision ou en cas de pluralité d'héritiers.

(4) On discute si la mise sous séquestre peut figurer au nombre des mesures conservatoires que le juge peut donner pour la préservation des biens de la femme ou de ceux de la communauté, en cas d'instance en divorce, outre le cas que nous examinons.

Au cas de séquestre en général il y a certainement lieu d'observer que les tiers auraient un vif intérêt d'être avertis par la publicité, mais que d'autre part, le danger auquel ils s'exposent en acquérant des droits sur l'immeuble dérive non pas du séquestre, mais du fait que le droit par eux acquis sur l'immeuble était exposé à une cause d'éviction. Mais il est indiscutable, toutefois, l'utilité de la publicité du séquestre qui mettrait les tiers sur l'avis du danger d'éviction.

tre de grands pouvoirs de liquidation et à consacrer par là-même un véritable dessaisissement du véritable propriétaire, et jusqu'à organiser une procédure de liquidation empruntée à la faillite.

Bien que cette jurisprudence soit dans son ensemble contraire aux principes (1) la Doctrine la plus récente tend à l'enregistrer comme un fait accompli (2).

Dès lors, la nomination de l'administrateur n'étant pas publique les tiers restent exposés à de graves dangers. Si on arrive à la substitution pleine et entière de l'administrateur à l'héritier, le danger de la clandestinité est encore plus grave qu'au cas de dessaisissement par suite de faillite ou de liquidation judiciaire.

En tout état de cause la sanction de l'irrégularité des actes d'administration ne sera évidemment pas la déchéance du bénéfice d'inventaire, mais la nullité : ce qui comporte un risque pour les tiers qui peuvent être trompés sur les pouvoirs de disposition dudit liquidateur.

Il en va de même au cas de nomination d'un liquidateur-séquestre par le tribunal à la suite de l'abandon de l'héritier que nous avons déjà rencontré (3) et de désaccord des créanciers et légataires.

Il en est aussi de même dans la nomination du curateur de la succession vacante (art. 811 à 814 C. civ., art. 998 à 1022 C. pr. civ.). Aussi qu'on ne puisse pas dire qu'elle comporte une limitation au droit de disposer, en déterminant la personne qui a le droit de disposer, elle intéresse les tiers, qui doivent être en état de connaître à qui appartient le droit de disposer d'un certain patrimoine. Si le curateur n'observe pas les formalités requises pour la vente des biens, la sanction consiste dans la nullité de l'opération, au lieu qu'elle réside, ainsi que nous l'avons vu, au cas d'acceptation bénéficiaire dans la déchéance du bénéfice. Il y a, par suite, un fort intérêt pour les tiers d'être mis en état de connaître cette nomination.

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, n° 1503 et s. ; Laurent, X, n°s 124 et s. ; Sarraud, *De la Déconfiture*, p. 218 et s. ; Charmont, *Rev. critique*, 1891, p. 79 et s. ; Aubry et Rau, X, § 618, note 22 ; Planiol et Ripert, IV (Maury et Vialleton), n° 434.

(2) Aubry et Rau, X, § 618, note 22 ; A. Colin et Capitant, III, n° 383, quoique ces auteurs estiment que l'extension de l'art. 996 du C. pr. e. par la jurisprudence soit toute prétorienne.

(3) V. n° 21 quant à l'abandon des biens de la succession, au délaissement et la cession de biens qui enlèvent le droit d'administrer.

On peut rapprocher ces cas de la nomination du syndic de la faillite (1), de la nomination d'un administrateur provisoire à la personne et aux biens du défendeur pendant la demande en interdiction (art. 497 C. civ.) (2). Une restriction au droit de disposer est celle de l'envoyé en possession provisoire des biens d'un absent. On sait que les actes qu'il peut faire et qui resteront opposables à l'absent au jour de sa réapparition sont seulement ceux qui rentrent dans les pouvoirs d'un administrateur de la chose d'autrui. Il ne peut ni aliéner ou hypothéquer un immeuble, ni intenter une action immobilière, ni provoquer un partage, ni prendre parti sur une succession, ni emprunter, ni faire aucune aliénation à titre gratuit (art. 128). Si l'un des actes précédents, abstraction faite des donations, paraît indispensable, l'envoyé en possession doit demander à la justice l'autorisation de le passer. La nullité des actes passés par l'envoyé en outrepassant ses pouvoirs pourra être demandée seulement par l'absent de retour ou par ses représentants.

Une restriction analogue est celle du mari en tant qu'administrateur des biens de la communauté en ce qui concerne la prohibition de disposer entre vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté, de l'universalité ou d'une quotité du mobilier (art. 1422). Il s'agit aussi d'une nullité relative qui ne peut être invoquée que par la femme ou ses héritiers.

§ 2. — ACTION EN RESCISION (3)

52. *Généralités et précisions.* — L'action qui peut être dirigée contre les contrats atteints du vice spécial de la lésion, c'est-à-dire contre tout contrat qu'un mineur a passé seul alors que l'intervention du tuteur ou du curateur eut été à la fois nécessaire et suffisante (4), contre certains contrats passés par les majeurs lors-

(1) V. pour le jugement de déclaration de faillite ou de liquidation judiciaire le n° 48.

(2) V. n° 44.

(3) Thèses : Chauveau, 1869 ; Lacomme, 1873 ; Sembat, 1888 ; Simeka, 1892 ; Bertout, Paris, 1882 ; Demontés, *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, 1924 ; Planiol et Ripert, t. VI (Esmein), n° 286 et s. ; t. X (Hamel), n° 235 et s. ; t. IV (Maury et Vialleton), n° 690 et s. ; A. Colin et Capitant, t. I, n° 555 ; t. II, n° 48 et s., 542 et s. ; t. III, n° 648, 1233, 1239 et s., 731, 772 et s. ; Aubry et Rau, IV, § 333 et s. ; Baudry-Lacantinerie et Barde, III, n° 1937.

(4) Art. 1118, 1305, et s. C. civ. ; Civ., 18 juin 1844, S. 44.1497 ; Le Code emploie aussi le mot « restitution » (art. 1306, 1307, 1308, 1309, 1310). Cette

que la lésion atteint une proportion déterminée (plus de sept douzièmes pour la vente d'immeubles, plus du quart pour le partage, plus de moitié pour l'acceptation d'une succession, art. 1313, 887, § 2, 888, 891, 1674, 1681, 1682, 1683, 1684, 783 C. civ.) (1) est de nature à rejaillir contre les tiers.

Les sous-acquéreurs jouissent des mêmes droits contre le vendeur que l'acheteur lui-même, c'est-à-dire qu'il dépend d'eux d'échapper à la rescision en faisant disparaître plus ou moins complètement la lésion (art. 1681 pour la vente, 891 pour le partage) (2).

Il y a lieu toutefois de remarquer que si l'immeuble acquis appartenait à un mineur ou, d'une manière plus générale, si la vente était de celle qui ne peuvent être faites que d'autorité de justice, l'action en résolution pour lésion de $7/12^{es}$ ne serait plus recevable (art. 1684 C. civ.) ; tandis que le partage judiciaire lui-même est rescindable pour cause de lésion (3).

De même échappent à la rescision les ventes aléatoires (4), et les expropriations pour cause d'utilité publique.

L'action en rescision ne peut pas être dirigée directement contre le tiers acquéreur par le vendeur, à l'encontre de ce qui se passe en cas de réméré (5) ; c'est seulement lorsque la rescision aura été prononcée contre l'acheteur que le vendeur pourra poursuivre le

hypothèse n'intéresse pas les conventions relatives aux immeubles et elle doit, dès lors rester en dehors de notre étude.

(1) Le Code civil appelle aussi indifféremment rescision l'action en nullité pour cause de violence ou de dol en cas de partage (art. 887, al. 1^{er}, 892, comp. art. 1111, 1116 C. civ.). Cet article laisse intentionnellement de côté l'erreur ; quoique il ne fasse aucune allusion à l'incapacité des copartageants, le partage est annulable lorsqu'il a été consenti pour un incapable. Cette action en nullité, qui se prescrit par un laps de temps de dix ans (art. 1304), s'éteint lorsque l'héritier a aliéné son lot en tout ou en partie en connaissance de la nullité qu'il eût pu invoquer (art. 892).

(2) Malgré la formule restrictive de la loi (tiers possesseur) cette règle joue au profit d'un créancier hypothécaire de l'acheteur aussi bien qu'au profit d'un tiers acquéreur : Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 723.

(3) Req., 3 mai 1897, D. P. 1897.1.224.

(4) Par exemple les ventes de droits successifs, lorsque la proportion de l'actif et du passif est encore inconnue (Limoges, 13 juillet 1908, S. 1909.2.265, note Wahl) les ventes de nue propriété, celle d'un usufruit immobilier, ainsi que les ventes d'immeubles à charge de rente viagère (Civ., 16 mai 1900, D. P. 1900.1.585, S. 1901.1.37 ; Req., 15 mai 1906, D. P. 1906.1.396, S. 1906.1.408). Pour la critique de cette jurisprudence, v. A. Colin et Capitant, t. II, n° 546.

(5) V. n° 54.

sous-acquéreur par une simple action en revendication ; le plus souvent le vendeur mettra le sous-acquéreur en cause dans la même instance que l'acheteur et la jurisprudence n'admet pas que le sous-acquéreur soit en droit d'attaquer la décision par la voie de la tierce opposition (1).

Quoique le Code civil ne fasse pas une nette différence entre les mots de nullité et de rescission (2), l'action en annulation résultant de la lésion présente un caractère particulier et elle mérite une dénomination particulière : action en rescision. Elle bénéficie de la prescription décennale de l'art. 1304 et en cas de vente d'immeuble elle n'est recevable que pendant deux années à compter du jour de la vente.

§ 3. — ACTION EN RÉOLUTION

53. *Généralités. Clauses de résolution.* — Les droits de résolution peuvent résulter spécialement des clauses d'un contrat ou d'un acte et ils peuvent être établis directement par la loi. D'après ces clauses, la propriété peut être affectée d'une condition qui en suspende soit l'existence, soit la disparition, c'est-à-dire d'une condition suspensive ou résolutive.

On sait que toute condition est par sa nature rétroactive c'est-à-dire que ces effets en remontent toujours jusqu'au titre qui en est affecté (art. 1179 et 1183 C. civ.). La condition se réalise *ex-tunc*, en sorte que les actes d'aliénation ou constitutifs de droits réels consentis *pendente conditione* seront eux-mêmes résolus de plein droit, en même temps que la propriété à laquelle ils se rattachent, à l'instant où la condition se réalisera. L'art. 2125, § 1, s'en explique formellement pour les hypothèques et le même régime est applicable aux autres droits réels (3).

Si les clauses de résolution sont réservées dans le contrat sujet par sa nature à la transcription, les ayants cause de l'acquéreur en

(1) Civ., 28 février 1911, D. 1912.1.169, note de Loynes.

(2) V. note précédente.

(3) Eygout, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse, Paris, 1922 ; A. Lamy, *De la protection des tiers acquéreurs d'immeubles au cas de résolution du titre de leur auteur*, thèse, Paris, 1904 ; Morin, *La sécurité des acquéreurs de bonne foi et les droits du véritable propriétaire*, thèse, Paris, 1926 ; De Loynes, *De la propriété sous condition résolutoire*, thèse, Bordeaux, 1908 ; Capitant, *Cause*, n°s 147 et s. ; M. Picard et Prudhomme, *Revue Tr.*, 1912, p. 61 ; Cassin, *L'except-*

ont connaissance lorsque la formalité de la transcription est remplie ; mais elle n'est pas obligatoire à leur égard, et l'omission qui en aurait été faite n'empêcherait pas de leur opposer la règle : nul ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a (1).

Il faut en outre remarquer que ces clauses peuvent faire partie d'un testament ou d'un acte non translatif de droits et ne pas être jamais rendues publiques.

Ces clauses peuvent resserrer, d'une manière générale, un droit de résolution à l'arrivée de tel ou tel événement, ou plus particulièrement viser certaines hypothèses spécialement réglementées par la loi : la faculté de réméré en cas de vente, le droit de retour en cas de donation.

54. *Faculté de réméré.* — La faculté de réméré qui est caractérisée par le droit que se réserve le vendeur de reprendre son bien, en remboursant à l'acheteur le prix et les frais, dans un délai convenu (art. 1659 et s. C. civ.) s'analyse en effet en une vente sous condition résolutoire, quoiqu'on pense de la nature du droit du vendeur, *pendente conditione* : un droit réel sous condition suspensive, ou plutôt un droit de créance, un *jus ad rem* (2).

Il importe de remarquer qu'on enseigne que cette condition doit être réservée par le vendeur dans l'acte même de vente (arg. du mot « se réserve » de l'art. 1659), de sorte que les tiers, en consultant l'acte, puissent avoir connaissance de la possibilité de résolution qui menace les ayants cause de l'acheteur. Instituée après coup, elle ne saurait avoir qu'une force personnelle, non réelle, entre les parties, non à l'égard des tiers, dont les droits devraient être respectés, sauf l'action personnelle d'un contractant contre l'autre par suite du défaut de rétroactivité (3).

tion tirée de l'inexécution, thèse, Paris, 1914 ; Chausse, *De la rétroactivité dans les actes juridiques*, *Revue critique*, 1900 ; Planiol et Ripert, t. III (Picard), n^{os} 231 et s. ; t. VI (Esmein), n^{os} 420 et s. ; t. VII (Radouant), n^{os} 1037 et s. ; t. X (Hamel), n^{os} 159 et s. ; n^o 187 et s. ; n^{os} 257 et s. ; A. Colin et Capitant, t. I, n^o 74 bis, 943 ; t. II, n^{os} 148 et s. ; n^{os} 399 et s., 598 et s.

(1) Massigli, Rapport à la sous-commission juridique du Cadastre, Annexe à la séance du 8 mars 1900, n^o 118, Procès-verbaux, fasc. 9, p. 107.

(2) A. Colin et Capitant, t. II, n^o 516 ; *Contra* : Josserand, t. II, n^o 1162.

(3) Aix, 11 juin 1908, D. 1910.2.305, note Valéry ; Laurent, XXIV, n^o 382 ; Pothier, *Vente*, n^o 432 ; Troplong, *Vente*, n^o 694 ; Josserand, II, n^o 1157 ; Guilouard, II, n^o 647 ; A. Colin et Capitant, II, n^o 611 ; Planiol et Ripert, t. X (Hamel), n^o 187.

Mais puisque la transcription n'est pas obligatoire un ayant cause éloigné pourra être atteint par cette clause de résolution si elle était insérée dans le titre d'un de ses auteurs, quoique non publiée et quand même la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat (art. 1664 *in fine*).

L'effet résolutoire du réméré a pour résultat de permettre au vendeur d'exercer directement son droit de reprise contre le tiers acquéreur, sans avoir besoin de faire auparavant prononcer la résolution à l'encontre de son propre acheteur (art. 1664) ; et on remarquera qu'il en serait ainsi au cas d'exercice de l'action en résolution résultant de n'importe quelle clause conventionnelle de résolution ; l'événement, qui joue le rôle de condition est un fait qui en s'accomplissant devient naturellement vrai pour tout le monde, et, par suite, la résolution s'effectue de plein droit.

Nous avons vu qu'il n'en est pas ainsi au cas d'action en nullité ou en rescision, et il n'en serait pas ainsi non plus au cas d'une action en résolution résultant d'une disposition de la loi.

Dans ce cas, la résolution ne pourrait jouer que si une sentence du juge l'avait prononcée, et, dès lors le vendeur ne pourrait agir contre le tiers acquéreur qu'après avoir mis en cause l'acheteur initial. Dans les deux cas l'action en résolution contre le tiers prend la forme de revendication (1).

Dès lors, si l'exercice du réméré suffit à produire ses effets à l'égard des tiers, sans qu'un jugement soit nécessaire, il intéresse de préciser à quel moment et à quelles conditions l'exercice du réméré peut être considéré comme suffisant pour faire tomber les droits acquis par des tiers dans l'intervalle.

Une importante partie de la doctrine enseigne qu'il suffit que le vendeur ait manifesté sa volonté par un acte ayant date certaine (2). mais dans le système de la jurisprudence (3) si la déchéance du droit d'exercer le réméré est évitée par une simple déclaration de volonté, le retour de la propriété entre les mains du vendeur ne s'effectue qu'après le règlement des restitutions dues par le vendeur.

(1) V. Planiol et Ripert, t. X (Hamel), n° 197, p. 214 et note.

(2) Laurent, XXIV, n° 400 ; Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 617.

(3) Suivi par MM. A. Colin et Capitant, t. II, n° 643 ; Guillouard, II, n°s 605 et 670 ; Req., 19 octobre 1904, D. P. 1907.1.426, S. 1909.1.307. Voir pour l'exposé de la question, Planiol et Ripert, t. X (Hamel), n° 207.

Quoiqu'il en soit, il s'ensuit que, certainement accompagné du remboursement, le réméré produit ces effets à l'égard des tiers, sans que nulle publicité soit requise.

Nous avons déjà remarqué que l'art. 4 de la loi de 1855, soumet à la publicité, d'une manière défectueuse, c'est-à-dire par voie de mention marginale, sans autre sanction qu'une amende de 100 francs, les résolutions prononcées par jugement, mais elle laisse en dehors de toute publicité les résolutions par acte privé ou par l'accomplissement d'un événement. « Supposons », remarquent à ce propos MM. Colin et Capitant, « qu'en fait l'acheteur, une fois le réméré exercé, reste en possession de l'immeuble. Les tiers, même avertis de l'éventualité du réméré par la lecture de son titre d'acquisition, peuvent, pour peu que le terme fixé par le contrat soit expiré, être fondés à le considérer comme propriétaire dorénavant incommutable, et il peut en résulter un piège pour leur bonne foi » (1).

55. *Le Droit de retour conventionnel* (2). — L'autre droit de résolution résultant d'une clause insérée dans un acte spécialement considéré par la loi est le droit de retour conventionnel (art. 951 et 952 C. civ.).

Par cette clause le donateur stipule que les biens donnés lui feront retour au cas de prédécès du donataire.

Le retour conventionnel agit comme la condition résolutoire et il se réalise donc automatiquement, rétroactivement. La donation est résolue *ex tunc* et le donateur redevient propriétaire *ex causa antiqua* (art. 1179, 1183, 952 C. civ.), à l'exception de ce que dispose l'art. 952.

56. *Le droit de résolution établi par la loi*. — Le droit de résolution établi par la loi trouve son siège principal dans l'art. 1184 du Code civil (3). « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement ».

(1) A. Colin et Capitant, t. II, n° 613.

(2) A. Colin et Capitant, t. III, n°s 1048 et s.; Planiol et Ripert, V (Trabost), n°s 448 et s.; IV (J. Maury et H. Vialleton), n°s 162 et s.; Bressolles, *De la donation avec réserve du droit de retour*, *Rev. Crit.*, 1856, pp. 451 et s.; H. Monnier, *De l'esprit de la loi dans l'art. 951 C. civ.*, *Rev. Crit.*, 1880, p. 108; Saintville, thèse, Paris, 1905.

(3) V. notamment; Capitant, *Cause*, n°s 147 et s.

M. Capitant critique à juste titre l'idée de condition résolutoire tacite encore admise par beaucoup d'auteurs et il enseigne que le droit du contractant qui n'a pas reçu la prestation à demander lui-même la résolution du contrat a son fondement dans la connexité qui unit les obligations réciproques engendrées par les contrats synallagmatiques (1). Ce droit découle, par suite, de l'idée de cause. Pour rester dans les limites tracées à notre étude il convient d'observer que cette résolution n'a pas lieu de plein droit, mais elle doit être prononcée en justice, et le tribunal peut accorder un délai suivant les circonstances, si le vendeur n'est pas en danger de perdre la chose et le prix (art. 1656). Une fois prononcée la résolution opère rétroactivement et ses effets réfléchissent contre les tiers (2).

Lorsque le vendeur a triomphé dans l'action en résolution contre l'acheteur, il pourra intenter contre le tiers acquéreur une action en revendication, ou bien il pourra mettre en cause dans la même instance l'acheteur et le sous-acquéreur et ce dernier triomphera s'il est un tiers de bonne foi qui a usucapé l'immeuble par la possession de dix-à-vingt ans (3).

Il en est ainsi non seulement en cas de résolution par jugement, mais aussi de résolution consentie amiablement, sans fraude, pour éviter une résolution certaine (4).

Ce droit de résolution ne doit pas être confondu avec le droit résultant d'une clause expresse de résolution insérée dans le contrat : pacte commissaire exprès (art. 1656).

Dans ce cas, l'intervention du juge n'est pas nécessaire ; la résolution joue sans qu'il y ait à la prononcer, et le juge ne peut pas accorder des délais.

Cependant la résolution ne se produit pas par la seule échéance, mais elle suppose une sommation par le créancier (art. 1139, 1656 C. civ.) (5), sauf s'il était stipulé que la vente serait résolue par la seule échéance du terme et sans qu'il soit besoin de sommation.

(1) Capitant, *Cause*, n° 151; A. Colin et Capitant, t. II, n° 152.

(2) Aubry et Rau, IV, § 302, note 90. Toutefois les actes d'administration sont maintenus (arg., art. 1673 C. civ.).

(3) Civ., 20 janvier 180, D. 80.1.65.

(4) Aubry et Rau, IV, § 302, n° 89; Demolombe, XXV, n° 518; Baudry-Lacantinerie et Barde, II, n° 940.

(5) Aubry et Rau, IV, § 302, n° 85; A. Colin et Capitant, t. II, n° 599.

57. *Suite. Application du principe et exceptions.* — Le droit de résolution établi par l'art. 1184, trouve application, en regard aux actes et conventions qui nous intéressent, au cas de vente et d'échange (art. 1654 à 1656, art. 1707), au cas de donation ou disposition testamentaire avec charges (art. 953, 954, 956, 1046), au cas d'usufruit n'importe comment constitué (art. 618), au cas de rente perpétuelle (art. 1912) au cas de transaction.

La résolution de la donation pour cause d'inexécution des conditions est accordée par la loi au moyen d'une action rangée parmi les actions en révocation et nous en parlerons, par suite, à cette place (1).

Il intéresse de remarquer que la déchéance de l'usufruitier pour abus de jouissance n'apparaît comme étant l'une des applications du principe formulé par l'art. 1184 que dans le cas où l'usufruit résulte d'une convention passée entre l'usufruitier et le nu-propriétaire. Dans les hypothèses beaucoup plus fréquentes où l'usufruit résulte d'un testament ou de la loi, MM. Colin et Capitant pensent que cette déchéance ne constitue pas la résolution du droit de l'usufruitier, mais une pénalité civile (2), par suite, elle ne fait pas tomber l'hypothèque établie sur l'usufruit par l'usufruitier qui a usé de la faculté que lui confère l'art. 2118, car la peine a un caractère personnel qui ne rejaillit pas à l'égard des tiers créanciers hypothécaires nonobstant la déchéance prononcée contre leur débiteur.

Il y a donc là à signaler un cas dans lequel les droits des tiers sont sauvegardés.

Une restriction au droit de résolution est faite par la loi en cas de rentes viagères (1978). Le seul défaut de paiement des arrérages n'autorise pas les vendeurs de l'immeuble à poursuivre la résolution du contrat. La raison en est que les conditions d'un tel contrat ont été établies en considération de l'aléa de la durée des prestations d'une des parties (3).

Si l'acheteur s'est engagé à servir au vendeur une rente perpétuelle, l'art. 1912 décide que s'il néglige, pendant deux années de

(1) V. n° 60.

(2) A. Colin et Capitant, t. I, n° 802. — Dans ce sens, v. aussi Besson, *Les livres fonciers*, Paris, 1891, p. 159. *Contra* : Planiol et Ripert, t. III (Picard), n° 869.

(3) Capitant, *Cause*, n° 157; A. Colin et Capitant, t. II, n° 604; Baudry-Lacantinerie et Barde, II, n° 907.

servir les arrérages, mais alors seulement, le vendeur est en droit de poursuivre le rachat, ce qui revient à dire qu'il peut demander la résolution de la rente (1).

L'action en résolution du vendeur d'immeuble non payé est écartée en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique (L., 3 mai 1841, art. 18) (2). En outre, si un immeuble est saisi par les créanciers, l'adjudication sur saisie, qui entraîne purge des privilèges et hypothèques, met l'adjudicataire à l'abri de l'action en résolution du vendeur non payé, qu'elle dérive de la loi (art. 1654) ou de la convention (art. 1656) (3), du moment que celui-ci n'a pas notifié son intention d'exercer cette action au greffe du tribunal devant lequel se poursuit la saisie : cette notification doit intervenir avant l'adjudication (C. pr., art. 717, § 2, mod. par L., 21 mai 1858) (4).

En cas de vente judiciaire lorsque l'adjudicataire ne paye pas le prix d'adjudication, quoique la loi organise un recours expéditif au profit des poursuivants de la vente, à savoir la revente sur folle enchère (art. 713, 733, Cod. pr.), la Cour de Cassation admet le cumul de l'action résolutoire avec la revente sur folle enchère (5).

58. *Publicité indirecte de l'action résolutoire en cas de vente d'immeubles. Critique de l'institution.* — En dehors de ces éventualités, à supposer que l'immeuble ait fait l'objet d'une revente, plus généralement d'une sous-aliénation à l'amiable, le législateur a subordonné l'exercice de l'action résolutoire établi par l'art. 1654 à la conservation du privilège, en décidant que cette action ne peut être exercée après l'extinction du privilège au préjudice des tiers

(1) L'art. 1912 ne traite *in terminis* que des rentes constituées à prix d'argent, mais il n'y a pas de raison pour ne pas en faire application au cas de rente foncière.

(2) Et non seulement l'action en résolution, mais aussi l'action en revendication et toute autre action réelle. Le droit des réclameurs sera transféré sur le prix. Le privilège du précédent vendeur doit être rendu publique au plus tard dans les quinze jours de l'inscription ; à défaut d'inscription dans ce délai, l'immeuble exproprié est affranchi de tous privilèges et hypothèques (art. 17, al. 2).

(3) Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 575.

(4) Le vendeur conserve son droit de préférence sur le prix de l'adjudication. Il peut opérer en effet la transcription et par suite rendre son privilège opposable aux autres créanciers de l'acquéreur jusqu'au moment où l'adjudication aura été transcrit.

(5) Req., 20 janvier 1880. D. P. 80.1.65 ; A. Colin et Capitant, t. II, n° 603.

qui ont acquis des droits sur l'immeuble et qui se sont conformés aux lois pour les conserver (art. 7 de la loi du 23 mars 1855) (1).

De cette façon la loi a assuré indirectement la publicité de l'action résolutoire, car le privilège doit être rendu public et l'inscription qui en est faite d'office par le conservateur des hypothèques à la suite de la transcription de l'acte de vente portera en même temps les deux droits à la connaissance des tiers, quoique l'action résolutoire n'y soit pas expressément mentionnée.

Cependant, il faut remarquer que cette réforme est moins complète qu'elle ne le paraît, car la formule de l'art. 7 est équivoque et ne vise pas tous les cas où la question peut se présenter.

Il faut d'abord rappeler que le privilège est rendu public par la transcription de l'acte de vente qui, aux termes de l'art. 2108 C. civ., vaut inscription pour le vendeur, sauf obligation pour le conservateur de prendre une inscription d'office dont l'omission ne peut d'ailleurs nuire aux créanciers. Cette inscription doit être renouvelée avant l'expiration du délai de dix ans (art. 2154).

Dès que la vente a quarante-cinq jours de date, le vendeur qui n'a pas veillé à la conservation de son privilège est exposé à le perdre en cas de revente consentie par l'acheteur, si cette sous-alienation est transcrite avant la vente initiale (art. 6, L. 23 mars 1855).

Encore, le vendeur peut se trouver forclos par un des événements qui, arrêtant le cours des inscriptions, font obstacle à la conservation du droit de préférence : en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'acheteur, ou en cas de mort suivie d'acceptation bénéficiaire ou de vacance de sa succession. Il en est de même, si ces événements arrivent avant que le vendeur ait renouvelé l'inscription d'office conformément à l'art. 2154.

Cela posé, en faisant abstraction pour le moment des critiques qu'on peut porter sur ce système qui expose injustement le vendeur à la perte de son privilège, il y a lieu d'observer que la formule défectueuse de l'art. 7 rend douteuse la question de savoir si la perte du privilège dans ces cas entraîne l'extinction de l'action résolutoire.

Le texte de l'art. 7 vise évidemment les tiers qui ont acquis sur l'immeuble, du chef de l'acheteur, un droit soumis à la transcrip-

(1) A. Colin et Capitant, t. II, n^{os} 605, 1146 et s.; 1384 et s.; Planiol et Ripert, t. VI (Esmein), n^o 434; t. X (Hamel), n^o 259; t. XIII (Becqué), n^{os} 799 et s. 808, 821 et s., 833, 956 et s.

tion et qui ont opéré cette transcription : acquéreur de la pleine propriété, de l'usufruit, d'une servitude, preneurs ayant un bail de plus de 18 ans, cessionnaires de trois années de loyers à échoir, etc., ainsi que les créanciers privilégiés ou hypothécaires de l'acheteur qui avaient publié leur privilège ou leur hypothèque.

Mais la question est douteuse dans les rapports du vendeur déchu de son privilège avec les créanciers chirographaires de l'acheteur.

On distingue suivant l'événement qui a mis obstacle à la conservation du privilège du vendeur et on décide que dans le cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'acheteur, le vendeur est encore recevable à agir en résolution, s'il engage son procès avant l'inscription de l'hypothèque légale de la masse, mais ne peut plus exercer l'action résolutoire une fois cette inscription effectuée (1).

Quand c'est au contraire la mort de l'acheteur suivie de l'acceptation bénéficiaire de sa succession ou la vacance de la succession de l'acheteur, qui survenant avant la transcription de la vente, fait obstacle à la conservation du privilège, la formule insuffisamment compréhensive de l'art. 7 de la loi de 1855 laisse survivre, au profit du vendeur privé de son privilège, le droit de demander la résolution de la vente au préjudice des autres créanciers de l'acheteur défunt (2).

Mais ce n'est pas tout. Tant que l'immeuble reste entre les mains de l'acheteur, aucun délai n'est imparti pour l'accomplissement de la transcription ; alors même que celle-ci aurait lieu plusieurs années après la vente, le privilège n'en serait pas moins conservé à son rang, et avec le privilège le droit de résolution.

Les tiers sont par là-même exposés à des surprises résultant de la latitude illimitée accordée au vendeur pour leur rendre son privilège opposable, soit par la transcription de la vente, soit par une inscription de privilège. Mais à ce point de vue, il faut cependant

(1) Civ., 24 mars 1891, D. 91.1.145, note A. Colin, S. 91.1.209, note Lyon-Caen ; Req., 7 février 1898, D. 98.1.454, S. 99.1.30. En matière de vente de fonds de commerce, l'art. 2 al. 2 de la loi du 17 mars 1909 dispose formellement que l'action résolutoire ne peut être exercée au préjudice des tiers après l'extinction du privilège.

(2) Civ., 27 mars 1861, D. P. 61.1.102, S. 61.1.758 ; Aubry et Rau, III, § 278, p. 591, texte et note 13 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1606 ; Guillelouard, III, n° 1287 ; A. Colin et Capitant, t. II, n° 1146 ; Thézard, n° 307 ; Planiol et Ripert, t. XIII (Becqué), n° 957.

observer que les tiers qui traitent avec l'acheteur, en recherchant l'origine de sa propriété apprendront le défaut de transcription, et s'ils exigent que le titre soit transcrit, ils seront, du même coup, mis à même de connaître le privilège et le droit de résolution. Mais cette règle que le privilège du vendeur peut être indéfiniment rendu opposable aux tiers, tant que l'immeuble est encore entre les mains de l'acheteur, devient très dangereuse en se combinant avec la règle de la péremption de l'inscription prise d'office par le conservateur du privilège. Cette inscription doit être renouvelée avant l'expiration du délai de dix ans (art. 2154). Mais puisque le défaut de renouvellement dans ce délai n'entraîne pas la perte du privilège et l'extinction de l'action résolutoire et une nouvelle inscription peut être requise, qui conserve non seulement le privilège, mais l'action résolutoire, il s'ensuit que les tiers qui consultent les registres du conservateur des hypothèques, et ils n'y voient aucune inscription du privilège du vendeur, ou ils apprennent qu'il y a eu à l'origine une inscription de privilège, mais qu'elle a été atteinte par la péremption et qu'elle n'a été renouvelée, peuvent être trompés. Les créanciers qui acquerront hypothèque du chef de l'acquéreur, traiteront en toute confiance et plusieurs années plus tard, le vendeur, en requérant une nouvelle inscription, sera admis à exercer l'action résolutoire qui pourra anéantir le droit de ces créanciers, à la condition qu'il ne se soit produit aucun des événements qui arrêtent le cours des inscriptions (1).

Si au moment où ces événements se produisent le vendeur n'a pas renouvelé l'inscription (art. 2154) il encourt la déchéance, bien qu'il y ait eu transcription de l'acte de vente (2).

La disposition exceptionnelle de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855, ne s'applique qu'à l'action résolutoire pour défaut de paiement du prix (3).

(1) Req., 1^{er} août 1904, D. 1908.1.457, note de Loynes, S. 1907.1.73, note Nacquet ; Aubry et Rau, III, § 200, p. 626 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n^{os} 1777, 1778 ; A. Colin et Capitant, t. II, n^o 1386 ; Planiol et Ripert, t. XIII (Becqué), n^o 833 ; *Contra* : de Loynes, *Le Code civil et le Crédit*, extrait du Livre du Centenaire, Paris, 1904, pp. 14 et s.

(2) Civ., 2 déc. 1863, D. P. 64.1.105, S. 64.1.57 ; 24 mars 1891, D. P. 91.1.145, S. 96.1.209.

(3) Paris, 18 juin 1897, D. 98.2.119.

Cependant, à l'action qu'accorde l'art. 1654 en vertu de la loi, les auteurs assimilent celle que l'art. 1656 fait reposer sur la volonté des parties manifestée par une clause du contrat (1).

Mais toute action résolutoire qui repose sur l'inexécution des conditions du contrat autres que le paiement du prix subsiste contre les tiers après l'extinction du privilège.

D'un autre côté, le système de publicité de l'art. 7 par cela même qu'il suppose l'existence d'un privilège, reste étranger aux contrats qui donnent lieu à un droit de résolution sans engendrer un privilège au profit de l'aliénateur. S'il trouve application au cas d'échange avec soulte, il n'est pas appliqué au cas de donation avec charges (2).

La jurisprudence décide que le partage déclaratif n'est pas sujet à résolution pour inexécution des conditions ; le copartageant ne peut invoquer pour faire tomber le partage que les dispositions du code sur la rescision des partages (3), mais des clauses contraires sont possibles (4). Toutefois dans ce cas, l'art. 7 ne trouve pas application, bien que le droit de résolution soit susceptible d'être solidarisé avec le privilège attaché à la soulte du partage.

Il y a lieu enfin d'observer que, en cas de pluralité de vendeurs ou d'un vendeur laissant plusieurs héritiers, on admet (5) que l'action en résolution est indivisible quant à son exercice. Il en résulte que si les vendeurs ne sont pas d'accord, l'action en résolution doit être écartée. Il en est ainsi, suivant les art. 1670 et 1685 en cas d'exercice de la faculté de réméré, et au cas d'exercice de l'action en rescision pour cause de lésion dans la vente.

(1) Pau, 17 mai 1875, S. 75.2.232 ; Guillouard, II, n° 603 ; Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 584. — D'après l'art. 28 de la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851, le lien établi entre le privilège et l'action résolutoire est restreint à l'action résolution réelle de l'art. 1654. Par contre, le pacte commissaire exprès peut fonctionner même si le privilège est éteint. On justifie cette résolution du fait que les tiers ont connaissance du pacte commissaire par la transcription (Laurent, XXIV, n°s 132 et 133).

(2) V. n° 71.

(3) Req., 29 décembre 1829, D. Rép. V. *Succession*, n° 2094, S. chr. civ., 14 mai 1833, D. J. G., *Successions*, n° 2095, S. 133.1.381 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, II, n° 909 ; Aubry et Rau, X, § 625, note 20 ; V. les critiques de Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, III, n° 3252.

(4) Civ., 6 janv. 1846, D. 46.1.16, S. 46.1.120.

(5) Guillouard, II, n° 574 ; Aubry et Rau, § 356, p. 152 ; A. Colin et Capitant, t. II, n° 607 ; Planiol et Ripert, t. X (Hamel), n° 171 ; *Contra* : Laurent, XXIV, n° 352.

§ 4. — ACTION EN RÉVOCATION

59. *Généralités.* — L'action en révocation peut être ramenée sous la catégorie générale des droits de résolution. Mais comme dans cette étude il importe d'attacher une grande importance à la terminologie juridique du Code civil, il faut remarquer que l'action en révocation, qui ne doit pas être confondue naturellement avec l'action révocatoire paulienne, est une action en résolution particulière aux donations et legs, et, en général, aux libéralités.

L'explication de cette terminologie est donnée par le fait que le législateur y voit des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs. Mais, à ce point de vue, cette terminologie est trompeuse car ces causes de révocation des libéralités, loin de constituer une dérogation à la maxime « donner et retenir ne vaut », sont établies par la loi en considération qu'un état de choses nouveau s'est instauré qui enlève à la donation sa raison d'être. Ces causes de révocation fonctionnant en dehors de la volonté du donateur n'ont rien à voir avec la réserve qui lui est interdite de revenir sur sa libéralité : elles sont plutôt la conséquence de la disparition de la cause de la libéralité.

Parmi ces causes de révocation la révocation pour survenance d'enfant agit de plein droit ; la révocation pour cause d'inexécution des charges et celle pour cause d'ingratitude du gratifié, ont un caractère judiciaire ; la première est spéciale aux donations ; les deux autres sont communes à toutes les libéralités.

60. *Révocation pour cause d'inexécution des charges* (1). — Cette cause de révocation, qui fonctionne indifféremment dans le droit testamentaire (art. 1406) et dans celui des donations (art. 953), bien que le législateur l'attache à « l'inexécution des conditions » (art. 953, 954, 956), vise l'inexécution des charges ; par suite d'inaccomplissement d'une condition entraîne la résolution de plein droit de la donation ou du legs, tandis que l'inexécution d'une charge permet seulement au disposant de provoquer la révocation judiciaire (2). L'article 956 spécifie qu'elle n'aura jamais lieu de plein droit.

(1) H. Capitant, *La cause des obligations*, n°s 208 et s.; A. Colin et Capitant, III, n°s 1065 et s.; M. Picard et Prudhomme, *Revue Trim.*, 1912, p. 61; Planiol et Ripert, t. V (Trabost), n°s 485 et s.

(2) L'art. 1978 (v. *supra*, n° 57) ne s'applique pas à la rente constituée à

La Cour de Cassation limite le domaine de l'art. 953 aux charges impulsives et déterminantes, tandis qu'elle limite l'application de l'art. 900 aux charges et conditions secondaires (1).

D'une manière générale on ramène cette révocation à la condition résolutoire tacite de l'art. 1184. Dans le système de la jurisprudence on constate le même pouvoir d'appréciation du juge ; même choix entre divers partis chez le créancier ou chez le disposant ; même possibilité d'une condamnation aux dommages-intérêts, même préoccupation du législateur de maintenir l'équilibre de l'opération (2).

Ce qui nous intéresse davantage, c'est de remarquer que cette révocation se réalise rétroactivement ainsi que s'en explique formellement l'art. 954, et que les tiers acquéreurs sont exposés à l'éviction.

Elle fait tomber même l'adjudication sur saisie immobilière prononcée du chef du donataire ; les art. 717 et 838, al. fin., pr. civ. qui concernent l'action résolutoire du vendeur non payé, ne s'appliquent pas à l'action en révocation exercée par le donataire (3).

61. *Révocation pour cause d'ingratitude* (4). — La révocation pour cause d'ingratitude qui s'applique aux donations (art. 953, 955 et 959 C. civ.) et aux legs (art. 1046 et 1047 C. civ.) offre le caractère d'une pénalité civile. Seules y échappent les donations en faveur du mariage (art. 959) et la jurisprudence ajoute : faites par des tiers (5).

titre gratuit. (Caen, 21 avril 1841, *D. Jur. Gén., Disp. entre vifs*, n° 1297, 4° ; Nancy, 22 févr. 1867, *D. P.* 1867.2.101).

(1) H. Capitant, *La Cause des obligations*, n°s 208 et s. ; notamment n° 210 ; note Planiol, *D. P.* 1895.1.217 ; Req., 17 févr. 1903, *S.* 1904.1.38 ; 6 avr. 1906, *S.* 1907.1.166 ; 3 mai 1921, *D. P.* 1921.1.143 ; Lyon, 1^{er} févr. 1894, *S.* 1894.2.165.

(2) M. Jossérand observe que l'opinion qui rattache l'art. 953 à l'art. 1184 est cependant indéfendable en matière testamentaire, car un legs avec charges n'est pas une opération synallagmatique, et il ajoute que ce n'est pas au concept de la cause, au sens classique du mot, que doit être ramenée cette théorie, mais ce qui est bien différent, au concept de la cause impulsive et déterminante ; la révocation sanctionne ici, non pas l'interdépendance des obligations, issues d'une même opération, mais le mobile déterminant, le mobile but qui a inspiré l'auteur de cette opération (t. III, n° 1619).

(3) Bordeaux, 26 juin 1852, *D.* 53.2.212, *S.* 53.2.145 ; Bordeaux, 1^{er} février 1888, *D.* 90.2.83 ; Limoges, 12 janvier 1906, *D.* 1906.2.258, *S.* 1907.2.25, note Wahl. Nous avons dit que le système de publicité de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 ne trouve pas d'application, car la jurisprudence refuse au donateur le privilège du vendeur (v. n°s 58 et 71).

(4) A. Colin et Capitant, III n°s 1071 et s. ; Planiol et Ripert, V (Trabost), n°s 500 et s.

(5) Civ., 10 mars 1856, *D. P.* 1856.1.49.

Il importe ici de remarquer que cette révocation n'a jamais lieu de plein droit (art. 956), mais elle doit être prononcée en justice.

A raison de son caractère pénal elle est très personnelle (art. 957) et elle doit être demandée dans le délai d'un an, et, ce qui plus est, elle offre ce caractère particulier de ne pas retentir contre les tiers. Le Code civil décide en effet que les droits réels constitués dans l'intervalle subsistent : l'acquéreur, le donataire, le créancier hypothécaire, l'usufruitier, le titulaire d'une servitude, qui ont traité avec le donataire ingrat, ne seront nullement atteints par cette révocation. Pour que les tiers bénéficient de cette immunité, la loi exige que leurs droits soient nés antérieurement à une formalité de publicité qui consiste dans une mention, en marge de la transcription de la donation, d'un extrait de la demande de révocation (art. 958, § 1^{er}).

Si la transcription de la donation n'a pas été faite, le donateur est dans la nécessité de la faire opérer pour effectuer sa mention en marge, car aucune autre formalité ne remplirait sûrement la même fonction de publicité au regard des tiers (1).

On remarquera toute l'importance de ce système de publicité, sur lequel nous aurons l'occasion de retourner bien souvent.

Les tiers sont, par là, avertis de la possibilité d'une révocation imminente. Le droit de révocation n'est plus purement virtuel, ou en puissance ; il est exercé, il a, par suite, pris la forme d'action et, de plus, cette action a été rendue publique : ceux qui traiteront désormais avec le donataire ingrat le feraient en connaissance de cause et ils subiraient, le cas échéant, la conséquence de la révocation.

Nous aurons l'occasion de montrer l'origine de cette disposition (2). Il y a lieu ici, toutefois, de remarquer que, puisque dans le système du droit français, il n'y a pas que la révocation des donations pour cause d'ingratitude, qui fasse échec à la règle de la rétroactivité des résolutions, la publicité de l'action révocatoire ne serait pas moins justifiée dans ces autres hypothèses : nous avons déjà rencontré la déchéance de l'usufruitier pour abus de jouissance, la révocation du droit de l'héritier apparent ou de l'envoyé en possession des biens de l'absent qui ne peut préjudicier aux tiers de

(1) Aubry et Rau, XI, § 708, p. 386, texte et note 32 ; Planiol et Ripert, V (Trabost), n° 513 ; *Contra* : Baudry-Lacantinerie et A. Colin, I, n° 1639 et s.

(2) V. n° 96 et 100.

bonne foi qui ont acquis des droits réels sur les immeubles de la succession ou de l'absent, la révocation dite paulienne des actes passés en fraude des droits des créanciers, qui ne peut pas préjudicier aux tiers de bonne foi. La publicité de la demande pourrait jouer ici le même rôle qu'au cas de révocation pour cause d'ingratitude.

Nous verrons que la question se pose de voir si ce système ne pourrait être utilement étendu à d'autres causes d'anéantissement de droits réels qui aujourd'hui réfléchissent contre les tiers. Un système analogue pourrait être envisagé pour les demandes en divorce (1), en séparation de biens (2), en interdiction ou en nomination d'un conseil judiciaire (3), en séparation de corps (4).

62. *Perte des avantages matrimoniaux en cas de divorce ou de séparation de corps* (5). — Une variété de la révocation pour cause d'ingratitude, c'est la révocation qui atteint, en vertu de l'art. 299 du Code civil, les donations faites à l'époux contre lequel le divorce ou la séparation de corps (6) est prononcée. Cette révocation a toutefois lieu de plein droit, de sorte qu'elle est encourue *de plano* par le seul effet de la décision prononcée. Mais, en raison du principe que les peines personnelles sont comme les fautes et ne doivent pas rejaillir sur les tiers, on décide qu'elle ne se réalise que réserve faite des droits acquis par des tiers (7). Il y a lieu d'observer qu'il y a là un autre cas dans lequel pourrait trouver application le régime de publicité organisé par l'art. 958, § 1^{er}.

Il faut rappeler enfin que les libéralités entre époux sont toujours révocables (art. 1096, § 1^{er} C. civ.).

(1) Nous avons vu que le divorce ne produit d'effet vis-à-vis des tiers que du jour de la transcription sur les registres de l'état civil, v. n° 39.

(2) La séparation de biens principale remonte déjà à la demande dont la loi organise une publicité bien défectueuse, v. n° 42.

(3) A présent l'annulabilité pour cause d'interdiction et de nomination d'un conseil judiciaire rejaillit contre les tiers indépendamment de toute publicité, v. n° 44.

(4) La séparation de corps a lieu sans rétroactivité vis-à-vis des tiers, v. n° 40.

(5) Planiol et Ripert, t. II (Rouast), n°s 644 et s., 686 ; A. Colin et Capitant, t. I, n°s 209, 218 ; Petit, *Conséquences du divorce et de la séparation du corps relativement aux avantages entre époux*, thèse, Paris, 1919.

(6) Le célèbre arrêt de la Cour de Cassation du 23 mai 1845, D. P. 1845.1.225, S. 1845.1.321, a admis l'extension de l'art. 299 au cas de séparation de corps.

(7) Civ., 30 août 1865, D. P. 1865.1.345, S. 1866.1.9 ; *Contra* : Paris, 27 mars 1919, D. 1920.2.80.

63. *La révocation pour cause de survenance d'enfant* (1). — La révocation pour cause de survenance d'enfant (art. 960 à 966) opère de plein droit : aucune demande en justice n'est nécessaire ; la donation disparaît rétroactivement, *ex tunc*, de sorte que les biens donnés rentrent dans le patrimoine du donateur franc et quittes de toutes charges, de toute affections particulières. La loi prend soin de décider d'une façon spéciale que les biens ne seront pas affectés, même subsidiairement, à la garantie de la dot, ni des reprises et actions matrimoniales de la femme du donataire « quand même la donation aurait été faite en faveur du mariage et insérée dans le contrat, et que le donateur se serait obligé comme caution, par la donation, à l'exécution du contrat de mariage ». L'inaliénabilité du domaine public ne fait pas obstacle à la restitution et la rétroactivité joue même à l'égard de l'Etat (2).

De plus, chaque nouvelle naissance interrompt la prescription trentenaire du donataire resté en possession de biens (art. 966 C. civ.), et les tiers détenteurs, quels qu'ils soient, au lieu de prescrire par une possession de dix à vingt ans, ne pourront opposer que la prescription de trente ans, qui ne commencera à compter que du jour de la naissance du dernier enfant, même posthume, du donateur (art. 966). Enfin, quoique à l'abri de l'action en révocation éteinte par la prescription, le donataire et le tiers ne seront pas moins exposés aux autres causes d'éviction de la donation, rapport à succession, réduction, autres causes de révocation (3).

§ 5. — LES RETRAITS

64. *Précisions.* — Parmi les droits en résolutions résultant des dispositions de la loi il faut aussi ranger les facultés de retrait, qui, très nombreuses dans l'ancien droit, sont aujourd'hui consacrées au nombre de trois :

- 1° Le retrait litigieux (art. 1699 C. civ.).
- 2° Le retrait successoral (art. 841 C. civ.).
- 3° Le retrait d'indivision (art. 1408 C. civ.).

(1) A. Colin et Capitant, III, n° 1077 et suiv. ; Planiol et Ripert, V (Trasbot), n° 515 et s. ; Fairé, thèse, Caen, 1886 ; Hervé, thèse, Paris, 1873 ; Guérin, Long, thèse, Grenoble, 1874 ; Villemonte, thèse, Paris, 1875.

(2) Paris, 16 avril 1926, D. 1927.2.127.

(3) A. Colin et Capitant, III, n° 1084.

Ces facultés de retrait, c'est-à-dire ces facultés de prendre pour son compte le marché d'autrui, agissent comme des droits de résolution à l'égard des tiers.

§ 6. — LE RAPPORT EN NATURE (1)

65. *Précisions sur l'étendue de la résolution.* — Une autre cause occulte d'éviction résultant de la disposition de la loi est le rapport à succession (art. 843 à 869, L. du 24 mars 1898) ; mais il n'opère suivant le mode d'une condition résolutoire que pour les tiers au profit de qui il aurait été établi des charges réelles, servitudes, usu-fruits, hypothèques (art. 865 C. civ.).

Pour les acquéreurs à qui le successible aurait transmis l'immeuble a lui donné en avancement d'hoirie, le rapport n'est plus dû qu'en moins prenant, de sorte que dans ce cas les tiers ne sont pas exposés à cette cause occulte d'éviction (art. 860 C. civ.), même en cas d'insolvabilité totale du débiteur de rapport. L'aliénation doit être antérieure au décès : l'aliénation postérieure ne serait pas opposable aux cohéritiers.

Afin de donner aux tiers atteints par le rapport en nature une sécurité relative, l'art. 865 leur réserver le droit d' « intervenir au partage, pour s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs droits ». Ils insisteront pour que l'immeuble soit mis dans le lot du donataire, dont la propriété, résolue d'abord par le rapport, revivra alors rétroactivement grâce à l'effet déclaratif du partage et leurs droits se trouveront consolidés (2).

Le rapport est, en outre, dû en moins prenant, si le donateur y a autorisé le donataire (3) ou s'il l'a imposé (4) ; s'il existe dans la succession des immeubles de même nature, valeur et bonté que les immeubles donnés et dont on peut former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers (art. 859) ; si l'immeuble donné a péri et par la faute du donataire (art. 855) (5).

(1) Planiol et Ripert, t. IV (MM. Maury et Vialleton), n° 608 ; Aubry et Rau, X, § 634 et s. ; A. Colin et Capitant, III, n°s 732 et s. ; de Cocquerey, *Recherches historiques sur la théorie des rapports* ; Esmein, *Des rapports à succession*, thèse, 1872 ; Massigli, *Rev. crit.*, pp. 353 et s. ; *ibid.*, 1889, pp. 455 et s.

(2) V. critique de MM. Aubry et Rau, X, § 634, note 29.

(3) Req., 28 juin 1882, D. P. 1855.1.27 ; Riom, 7 janvier 1891, D. P. 1892.2.241.

(4) Riom, 9 déc. 1890, D. P. 1892.2.237.

(5) Au cas d'aliénation faite, non pas avant l'ouverture de la succession, mais

§ 7. — L'ACTION EN RÉDUCTION DES LIBÉRALITÉS
POUR ATTEINTE A LA RÉSERVE (1)

66. *Précision.* — Cette action (art. 913 à 930 C. civ.) a pour résultat de faire tomber les libéralités dans la mesure où elles excéderaient les limites de la quotité disponible. C'est donc rétroactivement que les libéralités doivent tomber : tout doit se passer comme si elles n'avaient jamais été consenties ; la réduction a donc lieu en nature. L'art. 929 conclut de ce principe traditionnel que « les immeubles à recouvrer par l'effet de la réduction, le seront sans charges de dette ou hypothèques créées par le donataire ». Mais ce principe doit être certainement généralisé. Toutefois, il subit une atteinte au cas où le donataire avait lui-même aliéné la chose dont il avait été gratifié, car les réservataires pourront atteindre le possesseur actuel seulement si la donataire est insolvable et si l'insolvabilité a été établie au moyen de la discussion de tous ses biens (art. 930). En outre, dans deux cas particuliers prévus par les articles 924 et 866, la loi permet au donataire d'échapper à la réduction en nature de sorte qu'en conjurant l'éviction dont il était menacé, il sauvegarde du même coup les intérêts des tiers, titulaires de droits réels sur l'immeuble. Il y a lieu d'observer que lorsque la réduction rejaillit sur les tiers elle produit des effets plus énergiques que le rapport. Nous avons vu que ce dernier ne retentit pas contre les sous-acquéreurs (2), tandis qu'il est possible que la réduction atteigne un tiers détenteur.

Nous verrons que les problèmes relatifs à cette cause occulte d'éviction sont des plus délicats, la reverse étant considérée par beaucoup d'esprits comme une institution caractéristique et intangible du droit français (3).

dans l'intervalle compris entre cette ouverture et le partage, on appliquera la règle du rapport en nature. (A. Colin et Capitant, t. III, n° 758).

(1) A. Colin et Capitant, III, n°s 166 et s. ; Planiol et Ripert, V (Trasbot), n° 99 et s.).

(2) Art. 860, sup. n° 65.

(3) Elle prend le nom d'action en retranchement dans le cas particulier où les libéralités lèsent les enfants d'un premier mariage (art. 1058 C. civ.).

§ 8. — ACTIONS EN NULLITÉ, EN RESCISION, EN RÉDUCTION
DU PARTAGE D'ASCENDANT (1)

67. *Précision.* — On sait que le partage d'ascendant peut se faire soit par donation partage, soit par testament partage.

La donation partage est exposée à quatre actions particulières qui peuvent en provoquer l'anéantissement ou, tout au moins, une réduction, de nature à préjudicier les tiers :

a) action en nullité pour l'omission de l'un des enfants dans l'acte de donation partage (art. 1078) ;

b) action en nullité pour violation des articles 826 et 832 relatifs à la composition des lots ;

c) action en rescision pour cause de lésion de plus du quart (art. 1079) ;

d) action en réduction dans les cas où l'un des descendants a reçu un avantage plus grand que la loi ne le permet (2).

Il est intéressant de marquer bien la différence de nature entre ces quatre actions. Si les deux premières rentrent certainement dans le nombre des actions en nullité et si la troisième est sans doute l'action en rescision pour cause de lésion établie par l'art. 887, il y a controverse quant à l'action fondée sur ce que la donation partage aurait conféré à un cohéritier du demandeur un avantage plus grand que la loi ne le permet. La Jurisprudence décide qu'il s'agit d'une action en réduction pour atteinte à la réserve et non d'une action en rescision pour cause de lésion. Il s'ensuit que cette action en réduction n'emporte pas annulation du partage, mais restitution de ce que l'enfant a reçu en trop et que la restitution doit avoir lieu en nature et non en numéraire : elle sera dirigée contre l'enfant avantagé et non contre tous les copartageants. Enfin elle devrait se prescrire en trente ans ; mais la Jurisprudence admet la prescrip-

(1) Genty, *Du partage d'ascendants*, Paris, 1850 ; Réquier, *Traité théorique et pratique des partages d'ascendants*, Paris, 1868 ; Bonnet, *Traité etc.*, 2 vol., Paris, 1874 ; André, *Traité etc.*, Paris, 1881 ; Javou, 1926 ; Planiol et Ripert, V (Trasbot), n^{os} 818 et s. ; A. Colin et Capitant, III, n^{os} 1216 et s. ; Josserand, III, n^{os} 1915 et s.

(2) La donation partage peut-être, en outre, attaquée pour des causes qui sont l'application du droit commun : incapacité des parties, vices du consentement (cause de nullité relative), vices de forme (cause de nullité absolue) ; inexécution des charges, ingratitude du donataire (causes de révocation), fraude (cause de révocation paulienne).

tion de dix ans de l'action en rescision (art. 1304) aussi pour l'action en réduction (1).

Il importe de remarquer que non seulement l'action pour l'omission de l'un des enfants, mais aussi les autres actions ne peuvent être intentées qu'à partir de l'ouverture de la succession. Après de longues discussions dans la Doctrine et de nombreuses variations dans la Jurisprudence, cette solution est aujourd'hui reçue par les auteurs et par les tribunaux. C'est donc seulement au jour de l'ouverture de la succession et pendant dix ans à dater de ce moment que les actions en réduction, en nullité pour composition irrégulière des lots et en rescision pour lésion de plus du quart, pourront être intentées. Au cas de donation partage faite cumulativement par les pères et mères, la prescription ne commencera qu'à dater du décès du survivant. De plus pour apprécier s'il y a lésion de plus du quart, il faudra estimer les biens au jour de l'ouverture de la succession, de telle façon qu'un partage régulier pourra être rescindé à cause d'une variation de valeur des biens donnés, survenue après la donation partage.

L'annulation de la donation partage emportera l'anéantissement des aliénations et constitutions de droits réels consentis à des tiers par le copartageant sur les biens mis dans leur lot. L'effet de l'action en réduction, s'il ne sera l'anéantissement du partage, entraînera toujours la restitution par un enfant aux autres du supplément de leur réserve en nature et sera de nature à préjudicier les tiers. L'effet de l'action en rescision pourra être arrêté par la restitution de la part du demandeur du supplément de sa part héréditaire.

Un tempérament est apporté par la Jurisprudence qui décide que la nullité des aliénations et constitutions de droits réels peut être évitée grâce à l'effet déclaratif du nouveau partage, si les biens aliénés ou grevés de droits sont mis de nouveau dans le lot de l'aliénateur (2).

En ce qui concerne le testament partage, nous observerons que les actions en rescision, en nullité et en réduction se prescrivent par trente ans seulement à compter du décès de l'ascendant.

Nous n'avons pas à insister sur les procédés employés par la pratique pour obvier aux inconvénients que nous venons d'indiquer.

(1) Req., 1^{er} mai 1861, D. O. 61.1.323, S. 61.1.481.

(2) Req., 26 juillet 1887, D. P. 89.1.71, S. 87.1.377 ; A. Colin et Capitant, III, n° 1240.

Il suffira de les nommer : procédé du double acte, procédé de la clause pénale (1).

§ 9. — LES VOIES DE RECOURS EXTRAORDINAIRES

68. *Précisions.* — Une cause de résolution occulte est constituée encore par les voies de recours extraordinaires par qui un jugement ou un arrêt constatant un droit immobilier est susceptible d'être attaqué : requête civile pour l'une des causes de l'art. 480 C. pr. civ., pourvoi en Cassation.

Lorsque le jugement attaqué est annulé et remplacé, en cas de requête civile, ou lorsque un jugement ou un arrêt est cassé, en cas de pourvoi en cassation et remplacé par un autre jugement, ou un autre arrêt, les droits immobiliers résultant du premier jugement tombent, et, par suite, tombent aussi les droits des tiers acquis sur la foi de ce jugement.

SECTION V

Insuffisance d'application des principes de la publicité et de la spécialité des sûretés réelles et autres inconvénients du régime hypothécaire (2)

69. *Généralités.* — Nous avons déjà remarqué que le principe de la publicité et de la spécialité des sûretés réelles n'est pas généralisé dans le système actuel. Il faudrait que la publicité des sûretés immobilières fût générale et qu'aucune n'y échappât, que toute sûreté réelle immobilière fût spéciale, c'est-à-dire limitée à la fois quant aux immeubles qu'elle grève et surtout quant aux sommes qu'elle garantit. Malheureusement ces deux conditions sont loin d'être réalisées dans la législation actuelle.

Nous allons étudier les exceptions aux principes de la nécessité de la publicité et de la spécialité de l'inscription dans les deux paragraphes suivants.

(1) Vialleton, *Comment sauver de la nullité les partages d'ascendants viciés ? La Semaine Juridique*, 1928, p. 1049 ; A. Colin et Capitant, III, n^{os} 1241 et s. V. *infra* : n^o 152 sur les réformes proposées.

(2) V. la bibliographie citée au n^o 5.

L'étude des inconvénients du système actuel comporte encore d'autres critiques qui seront développées dans les autres paragraphes de cette section.

§ I. — EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE LA NÉCESSITÉ DE LA PUBLICITÉ DES SURETÉS RÉELLES

70. *Privilèges généraux et privilèges immobiliers spéciaux. Généralités.* — Tout d'abord, les privilèges immobiliers, qui priment toutes autres sûretés, et particulièrement ceux institués au profit de l'Etat sont trop nombreux (1).

Les privilèges généraux de l'art. 2101 C. civ. et des lois particulières, en tant qu'ils portent sur les immeubles en cas d'insuffisances du mobilier, sont actuellement dispensés d'inscription. Tout au moins pour l'exercice du droit de préférence (art. 2107 C. civ.) (2). Un créancier hypothécaire risque donc toujours d'être primé sur le prix de l'immeuble grevé par des créanciers dont rien ne leur révélerait l'existence (3).

Les privilèges immobiliers spéciaux (art. 2103 et s. C. civ.), étant de véritables hypothèques munies d'un droit de préférence privilégié et du droit de suite (4), sont soumis au régime de publicité ; mais tandis que pour les hypothèques ordinaires l'inscription a pour résultat, tout à la fois, de rendre l'hypothèque opposable aux

(1) Niboyet. *Bull. Soc. Etud. Législ.*, 1923, p. 78.

(2) Mais ils y restent soumis pour la conservation du droit de suite dans l'opinion qui admet l'existence de ce droit: Aubry et Rau, III, § 269, pp. 506-507, texte et note 5 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 819 ; Guillouard, III, n° 1216 ; Planiol et Ripert, XII (Becqué), n° 310 et 770 ; Josserand, II, n° 1545.

D'après d'autres auteurs ces privilèges ne sont pas des droits réels, mais des simples causes de préférence et ils n'entraînent pas droit de suite : Thézard, n° 381 ; A. Colin et Capitant, II, n° 1056. La jurisprudence est presque inexistante. Si l'on admet le droit de suite il faut conclure que les créanciers pourvus de ces privilèges, bien que n'ayant aucun droit de suite sur l'immeuble contre les tiers acquéreurs, au cas d'aliénation, faute d'avoir pris inscription en temps utile, conservent leur droit de préférence sur le prix à l'encontre des autres créanciers (A. Colin et Capitant, II, n° 1417 ; Aubry et Rau, III, n° 283, p. 661).

(3) Morel. Rapport sur le projet tendant à la réforme du régime foncier, *Bull. Soc. d'Etud. Législ.*, 1928, p. 233.

(4) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n° 1932 ; A. Colin et Capitant, II, n° 1131 ; Planiol et Ripert, XII (Becqué), n° 621 ; Poplawsky, *La notion du privilège*, Bordeaux, pp. 242, 253, 315.

tiers et de déterminer son rang, pour les hypothèques privilégiées, l'inscription se borne à les vivifier, mais elle ne fixe pas leur rang qui est déterminé par la qualité de la créance (1).

La caractéristique de ces privilèges est par conséquent qu'une fois publiés, ils rétroagissent jusqu'au jour de la naissance de la créance à laquelle ils sont attachés, et ils priment toutes les hypothèques inscrites, même celles qui les ont précédés dans l'ordre du temps.

Une inscription est donc nécessaire (à quelque exception près) et elle doit être renouvelée tous les dix ans (art. 2154) pour conserver son effet à la date où elle est prise.

Quand la loi fixe un délai dans lequel l'inscription doit être prise, on sait que le privilège inscrit tardivement dégénère en hypothèque (art. 2113).

Il y a lieu de remarquer que cette rétroactivité de l'inscription des privilèges est incompatible avec le principe de publicité ; puisqu'elle expose les prêteurs sur hypothèque à se voir évincer, au moment où ils s'y attendent le moins, par un droit de préférence que rien ne leur révélait à l'époque de leur contrat. Si l'on veut admettre que cette rétroactivité soit justifiée par des considérations d'équité et d'intérêt général, il n'en n'est pas moins certain que l'intérêt des tiers exigerait la publication des privilèges au moment même de leur naissance, ou au moins la réduction au strict nécessaire de l'intervalle qui sépare la naissance du privilège de sa publication (2).

Nous allons voir dans quelle mesure dans le système actuel les tiers créanciers ne sont pas garantis contre cette rétroactivité.

Mais il y a lieu d'ajouter tout de suite que le système de conservation de ces privilèges présente, d'autre côté, un grave danger pour les créanciers qui peuvent se trouver, à l'improviste, privés de leurs privilèges par la survenance de certains événements.

L'incertitude des règles édictées par la loi offre en outre de nombreuses difficultés d'interprétation, notamment en ce qui concerne les effets de ces événements lorsqu'ils se produisent avant l'expiration des délais concédés par la loi pour l'inscription et en ce qui concerne le problème de la survie du droit de préférence au cas de perte du droit de suite.

(1) Aubry et Rau, III, § 278, p. 583 et § 290, p. 863 ; Guillouard, III, n° 1264 ; Hue, XIII, n° 148 ; Thézard, *Priv. et Hyp.*, n° 305 ; Beudant, II, n° 556 ; A. Colin et Capitant, II, n° 1056 ; Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 796.

(2) Besson, *Les livres fonciers*, etc., Paris, 1891, p. 136.

On rappelle, tout d'abord, que les privilèges immobiliers énumérés par le Code civil, sont au nombre de quatre :

- 1° Le privilège du vendeur d'immeuble (art. 2103, 1°) ;
- 2° Le privilège des cohéritiers ou copartageants (art. 2103, 3°) ;
- 3° Le privilège des architectes-entrepreneurs, maçons ou autres ouvriers (art. 2103, 4°) ;
- 4° Le privilège de la séparation des patrimoines (art. 2111).

Quant aux numéros 2 et 5 de l'art. 2103 ce ne sont que des cas de subrogation.

En outre, d'autres hypothèques privilégiées ont été instituées par des lois spéciales, et au profit du Trésor public (1).

Nous allons examiner de près les problèmes que présentent, au point de vue qui nous intéresse, ces différents privilèges.

71. *Privilège du vendeur d'immeubles.* — Nous avons déjà rencontré ce privilège en examinant le droit de résolution en cas de non paiement du prix. Ce privilège est dispensé d'inscription en ce sens que l'art. 2108 C. civ. décide qu'il est conservé par la transcription de l'acte de vente qui vaut inscription pour le vendeur, sauf l'obligation pour le conservateur de prendre une inscription d'office dont l'omission ne peut pas nuire au vendeur.

Il y a lieu tout d'abord d'observer que si la vente n'a pas été transcrite, le vendeur ne peut pas opposer son privilège à un créancier hypothécaire de l'acheteur, ni à un sous-acquéreur qui a lui-même fait transcrire la sous-aliénation, tandis que le vendeur, tant que la transcription n'est pas faite, continue à pouvoir revendre l'immeuble à un tiers, constituer sur l'immeuble des droits réels, notamment le grever d'hypothèques, et ces droits seront opposables au premier acheteur s'ils seront publiés avant le droit de celui-ci (2).

Le système de conservation de ce privilège présente un grave danger pour le vendeur, qui peut se trouver, à l'improviste, privé injustement de son privilège par la survenance de la faillite ou de la liquidation judiciaire de l'acheteur, ou par sa mort suivie d'ac-

(1) V. la liste de ces privilèges au petit Code civil Dalloz, sous l'art. 2203 ; A. Colin et Capitant, II, n° 1175 ; Planiol et Ripert, XII (Becqué), n°s 685, 692.

(2) A. Colin et Capitant, II, n° 1150 : « Le vendeur n'a plus de droit de préférence sur l'immeuble, mais il peut en créer au profit d'autrui. Une législation est jugée quand elle produit de tels résultats ! » ; Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 800.

ception bénéficiaire ou de vavance de succession, lorsque l'un de ces événements survient peu après l'aliénation et alors qu'elle n'a pas encore été transcrite (1).

Nous n'avons plus à insister sur le danger du système à l'égard des tiers (2), résultant de la latitude illimitée accordée au vendeur pour leur rendre son privilège opposable, tant que l'immeuble est encore entre les mains de l'acheteur, et de la règle de la péremption de l'inscription prise d'office par le conservateur, car nous avons déjà dénoncé ces dangers à propos de l'action résolutoire (3).

On sait qu'au cas d'aliénation volontaire du bien grevé du privilège la loi a établi au profit du vendeur, ainsi que du partageant, une règle exceptionnelle, en considération que ces créanciers se dessaisissent de leur propriété par le titre même qui fait naître à leur profit le privilège et ils resteraient exposés au danger d'une aliénation précipitée de l'immeuble grevé, par l'acheteur ou par le copartageant débiteur, suivie d'une transcription opérée par l'acquéreur. L'art. 6, al. 2 de la loi du 23 mars 1855 leur accorde un délai de quarante-cinq jours pour remplir la formalité qui assure la conservation du droit de suite attaché à leur privilège.

Lorsque le vendeur a perdu son droit de suite pour n'avoir pas fait transcrire son acte de vente en temps utile on se demande s'il peut encore, en opérant cette transcription ou en prenant inscription, invoquer un droit de préférence à l'encontre des autres créanciers de son acheteur, tant que le prix reste dû à celui-ci par le sous-acquéreur.

(1) Il en est de même en cas de défaut de renouvellement en temps utile, quand il survient un de ces événements.

(2) V. n° 58. — Il y a lieu de remarquer que la loi du 17 mars 1909, relative à la vente des fonds de commerce, a décidé que l'inscription du privilège du vendeur du fonds doit être prise dans la quinzaine de la date de l'acte de vente. En ce cas seulement elle est opposable à la faillite et à la liquidation judiciaire de l'acquéreur, ainsi qu'à sa succession bénéficiaire, même si ses événements se produisent dans le délai de quinzaine. Quant à l'action résolutoire, elle doit, pour produire effet, être mentionnée et réservée expressément dans l'inscription (art. 2, 2° al.). V. Sauffret, *Les garanties du vendeur impayé d'un fonds de commerce*.

(3) Nous avons déjà observé (note au n° 57) qu'exceptionnellement et par un retour aux règles du droit commun, en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, le privilège du précédent vendeur doit être rendu public au plus tard dans les quinze jours de la transcription du jugement d'expropriation (L. 3 mai 1841, art. 17) ; et en cas d'expropriation forcée par suite de saisie immobilière, avant la transcription du jugement d'adjudication et non du simple procès-verbal de saisie.

En ce qui concerne le vendeur, la Doctrine décide que la déchéance qu'il encourt est absolue, de sorte qu'il perd aussi bien le droit de préférence que le droit de suite (1).

Nous verrons que la question se pose pour les autres privilèges et que la solution n'en est pas aisée.

En outre, la jurisprudence admet que le privilège du vendeur s'étend également à l'échangiste, lorsqu'en vertu de l'acte d'échange, il est créancier d'une soulte (2) et au débiteur qui a donné un immeuble en paiement de sa dette, pour la partie de la valeur de l'immeuble qui dépasse la valeur de la dette ; mais en revanche, la jurisprudence refuse le privilège au donateur qui a stipulé du donataire l'exécution de certaines charges (3), ainsi qu'à l'acquéreur sous condition de réméré et au constructeur sur le terrain d'autrui pour le paiement de l'indemnité (4).

On discute quant à la constitution d'une servitude moyennant un prix payable à terme (5) ; ou quant à la cession de la mitoyenneté d'un mur de séparation (6).

Le privilège pour le dessèchement des marais se conserve aussi par la transcription de l'acte de concession, ou du décret (art. L.

(1) Aubry et Rau, III, § 278, p. 592, texte et note 16 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 281 et III, n°s 2230 à 2232 ; Guillouard, III, n° 1288 ; A. Colin et Capitant, II, n° 1145.

C'est la solution établie pour les hypothèques. Mais on concevrait fort bien un régime hypothécaire dans lequel le droit de préférence survivrait en règle générale au droit de suite : Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1552.

(2) Req., 11 mai 1863, D. 64.1.191, S. 64.1.357.

(3) Douai, 18 nov. 1846, D. 47.2.22 ; Paris, 11 mai 1886, S. 88.2.110.

(4) Sur toutes ces questions : v. Aubry et Rau, III, § 263, pp. 284 et s. ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n°s 576 et s. ; A. Colin et Capitant, t. II, n° 1137 ; Planiol et Ripert, t. XII (Becqué), n°s 627 et s.

(5) Pour l'admission du privilège : Tissier, *Revue critique*, 1900, XXIX, p. 582 ; A. Colin et Capitant, II, n° 1136 ; *Contra* : Paris, 10 mai 1898, D. 98.2.497, note Planiol, S. 1900.2.137, note Tissier ; Aubry et Rau, III, p. 280, note 1 *ter* ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 569 ; Guillouard, II, n° 476.

(6) Pour l'admission du privilège : Trib. civ. Seine, 8 février 1880, D. 80.3.119, S. 81.2.23 ; Pau, 3 mai 1888, D. 89.2.285 ; Bordeaux, 21 avril 1890, D. 93.2.432 ; Req., 10 avril 1889, D. 89.1.321, note Bésilion, S. 89.1.401, note Labbé ; A. Colin et Capitant, II, n° 1137. En ce sens aussi, les auteurs qui refusent le privilège en cas de vente de servitude : Aubry et Rau, III, § 263, p. 280, note 1 *ter in fine* ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 570 ; Guillouard, II, n° 474.

16 septembre 1807, art. 23) et elle conserve le privilège d'une manière indéfinie.

Le privilège de l'Etat pour le paiement des redevances dues par les transportés et libérés bénéficiaires, se conserve soit par la transcription, soit par une inscription requise par l'administration dans un délai de 45 jours et dispensée de renouvellement (Décr. 18 janvier 1895, art. 26 et 27).

72. *Le privilège du copartageant.* — Ce privilège doit être inscrit dans les soixante jours du partage ou de l'adjudication (art. 2109 C. civ.) (1), mais d'autre part, pour la conservation du droit de suite la loi fixe un autre délai de quarante-cinq jours (L. 23 mars 1855, art. 6) sans qu'il y ait aucune raison plausible pour établir deux délais différents.

Non conservé dans le délai de soixante jours, il ne périt pas tout entier, mais il dégénère en une hypothèque, n'ayant rang qu'à la date de son inscription. Le risque de la rétroactivité, quoique atténué par la fixation de ces délais est d'autant plus grand pour les prêteurs sur hypothèques que le partage, auquel la loi fait remonter l'effet du privilège, étant exclus de la transcription, reste occulte.

L'inscription ne peut plus être prise s'il survient l'un des événements qui arrêtent le cours des inscriptions (2) ; mais c'est une question discutée que celle de savoir si le privilège peut être encore utilement inscrit, si ces événements se produisent avant l'expiration du délai de soixante jours. Certains auteurs estiment que l'art. 2146 s'y oppose, mais d'autres pensent que l'inscription prise dans le délai est rétroactive et elle donne le même rang que si elle avait été prise le premier jour (3).

(1) Le partage n'étant pas soumis à la transcription il n'en saurait être ici question, comme pour le privilège du vendeur.

(2) Si l'inscription tardive a été faite depuis l'époque de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui l'ont précédée, elle pourra être frappée d'inefficacité (art. 448, al. 2 C. com.).

(3) La majorité de la doctrine estime que le copartageant conserve ce droit : Aubry et Rau, III, § 278, p. 596, texte et note 27 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 876 et II, n°s 1595, 1597 ; Thézard, n° 314 ; A. Colin et Capitant, II, n° 1157 ; Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 958 ; *Contra* : Guillouard, III, n°s 1304-1305 ; Beudant, II, n° 571 ; Colmet de Sauterre, IX, n° 120 bis, VIII ; Lyon-Caen et Renault, VII, n° 296 ; Thaller et Percerou, *Dr. com.*, n°s 2059-2060, — II n'y a pas de jurisprudence.

De même une difficulté analogue présente la loi à cause des deux délais différents d'inscription qu'elle établit. Lorsque le copartageant débiteur a aliéné l'immeuble mis dans son lot après le quarante-cinquième jour qui suit l'acte de partage et que la transcription ait été effectuée avant l'inscription du privilège, on se demande, comme au cas du privilège du vendeur, si le copartageant créancier, qui a certainement perdu son droit de suite, peut encore conserver son droit de préférence sur le prix encore dû par l'acquéreur ou par lui consigné, en s'inscrivant avant le soixantième jours qui suit le partage.

D'aucuns pensent qu'il faut trancher cette question comme pour le vendeur, car on ne peut pas prendre utilement une inscription sur un immeuble qui n'est plus dans le patrimoine du débiteur (1).

Mais cette solution est controversée, et on répond que quand la loi donne à un créancier privilégié un délai pour conserver son droit de préférence, l'inscription prise dans le délai est rétroactive et doit être réputée prise dès le premier jour du délai (2).

73. *Même controverse pour les autres privilèges qui bénéficient d'un délai d'inscription.* — La même controverse, si les événements qui font obstacle à l'inscription rendent impossible l'inscription du privilège quand ils se produisent avant l'expiration du délai, et l'autre de savoir si, au cas de perte du droit de suite, pour cause d'aliénation de l'immeuble suivie de transcription, le créancier garde le droit de préférence, sur le prix, en s'inscrivant avant l'expiration du délai, peut être généralisée à tous les privilèges immobiliers pour lesquels la loi a établi un délai d'inscription : notamment les privilèges du Trésor pour lesquels il existe un délai de deux mois, privilège pour le recouvrement des frais

(1) A. Colin et Capitant, II, n° 1160 ; Thézard, n° 313 ; Orléans, 18 janvier 1879, D. 79.2.243, S. 79.2.85 ; Riom, 17 janv. 1889, Cic., 4 mars 1891, D. 91.1.313.

(2) En ce sens : Civ., 23 juin 1890, D. 91.1.168, S. 93.1.502 ; Pau, 15 déc. 1890, D. 92.2.120 ; Agen, 11 juin 1894, D. 94.2.336, S. 94.2.280 ; Aubry et Rau, III, § 278, p. 596, texte et note 28 et § 283, p. 661 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 837 et III, n°s 2235 et 2238 ; Guillouard, III, n°s 1291-1292 ; Hue, XIII, n° 158 ; Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 1365. — M. Becqué observe que cette question est liée à celle précédemment exposée et que si l'on admet que, tant que le délai légal n'est pas expiré, l'inscription assure le droit de préférence malgré l'un des événements qui font d'ordinaire obstacle à cette conservation, on doit logiquement décider dans le même sens au cas en question (v. cep. *Contra*, A. Colin et Capitant, III, *loc. cit.*).

de justice criminelle, privilège sur les biens des comptables (L. 5 sept. 1807) (1) ; le privilège en matière de travaux de drainage ; le privilège du trésor en garantie du paiement différé des droits de mutation, qui doit être inscrit dans les six mois (L. 31 juillet 1911, art. 7, al. 5) à partir du jour de la déclaration de succession ou de l'expiration du délai pour la souscrire ; le privilège de la créance de réduction de l'indemnité pour dommages de guerre (L. 2 mai 1924, art. 6 et 10 mai 1925, art. 72).

74. *Le bénéfice de la séparation des patrimoines.* — Le bénéfice de la séparation des patrimoines (2), consistant dans le droit des créanciers de la succession (art. 878, C. civ.) ou des légataires (art. 2111 C. civ.) d'être payés sur les biens de la succession par préférence aux créanciers personnels de l'héritier (3), est conservé, en ce qui concerne les immeubles, au moyen d'une inscription sur chacun des immeubles héréditaires dans le délai de six mois à compter de l'ouverture de la succession (art. 2111 C. civ.). Après ce délai le créancier séparatiste est primé par les créanciers personnels de l'héritier inscrit avant lui : le privilège dégénère en hypothèque (art. 2113 C. civ.).

Il y a lieu de remarquer à ce propos que le danger de la rétroactivité est augmenté par le fait que la succession n'est pas soumise à la publicité.

Il convient d'ajouter que dans certains cas il y a séparation des patrimoines *ipso jure* et l'inscription devient sans effet pratique.

(1) Il n'y a pas de doute que le droit de suite est perdu au cas d'aliénation suivie de transcription consentie par le condamné ou par le comptable, alors même que le délai de deux mois ne serait pas encore expiré, car dans le silence de la loi, on ne saurait étendre à ces hypothèses le système exceptionnel de l'art. 6, al. 2 de la loi de 1855. — Aubry et Rau, III, § 278, p. 605 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 881 ; Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 1114.

Dans le sens d'une inscription utile de ces privilèges, tant que le délai de deux mois n'est pas encore expiré, et ce, malgré un jugement déclaratif de faillite ou de liquidation judiciaire : Besançon, 30 août 1856, D. 57.2.51, S. 56.2.698 ; Aubry et Rau, § 278, p. 606 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 880 ; *Contra* : Guilouard, III, n° 1322 ; C., Metz, 28 févr. 1856, S. 56.2.321. (V. sur la question : Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n°s 958 et 1364).

(2) Boitelle, *Rev. pratique de Droit français*, 1875, 1876, 1881 ; Labbé, *Rev. crit.*, 1885, pp. 340 et suiv. ; Barafort, *Traité théor. et pratique de la séparation des patrimoines*, 2^e édition, 1867.

(3) Sauf à ceux qui ont un privilège général sur les immeubles.

à savoir aux cas d'acceptation bénéficiaire (1), de déclaration de vacance de la succession, de faillite après décès. Un arrêt ancien de la Cour de cassation (2) décide que le créancier hypothécaire du défunt est dispensé de prendre inscription de la séparation des patrimoines.

La séparation des patrimoines n'assure aux créanciers ou au légataire qui a pris l'inscription aucun droit de préférence à l'encontre des autres créanciers de la succession ou des autres légataires, qui n'ont pas pris inscription qu'après eux ou même qui n'ont pas pris d'inscription du tout (3).

Dans l'éventualité compliquée et sujette à controverse où le conflit s'élève entre des séparatistes inscrits sur un immeuble, des créanciers hypothécaires de l'héritier inscrits sur le même bien et des créanciers héréditaires non séparatistes ou inscrits tardivement, on décide généralement que les sommes sauvegardées par l'inscription du séparatiste diligent et mises par là-même hors des atteintes des créanciers de l'héritier sont à répartir au prorata entre tous les créanciers du défunt, séparatistes et non séparatistes, le surplus allant aux créanciers hypothécaires de l'héritier. S'il y a des sommes restantes les créanciers de la succession concourront à nouveau proportionnellement pour le surplus de leurs créances, sans préjudice du concours possible des créanciers personnels de l'héritier (4).

Certains auteurs colloquent le séparatiste inscrit comme dans le système précédent, mais donnent la préférence au créancier inscrit du chef de l'héritier sur les créanciers du défunt non séparatistes (5).

(1) La déchéance ou la renonciation de l'héritier n'entraîne pas la perte de la séparation (Req., 10 mai 1898, D. P. 98.1.388). Au cas de pluralité d'héritiers, l'acceptation bénéficiaire émanant d'un seul d'entre eux entraîne séparation des patrimoines au profit des créanciers successoraux et légataires à l'égard des créanciers personnels, de tous les héritiers. (Civ., 3 août 1857, D. P. 57.1.336, S. 58.1.286).

(2) Req., 30 nov. 1847, D. P. 48.1.41, S. 48.1.17.

(3) Req., 4 décembre 1871, D. P. 71.1.249, S. 71.1.238 ; Civ., 15 juillet 1891, D. P. 98.1.465, note de M. de Loynes, S. 91.1.409 ; Paris, 28 mars 1901, D. P. 1903.2.262, S. 1904.2.103.

(4) Civ., 15 juillet 1891, *précité* ; Req., 10 avril 1906, D. P. 1909.1.113, S. 1910.1.932 ; A. Colin et Capitant, III, n° 818 ; Planiol et Ripert (Maury et Vialleton), t. IV, n° 462 (Becqué), t. XII, n° 677.

(5) Aubry et Rau, X, § 619, texte et note 54.

Certains auteurs qui admettent que les sommes sauvegardées par l'inscription doivent rester hors des atteintes des créanciers de l'héritier, suivant la première opinion, proposent cependant une façon différente de partager ces sommes ; au lieu de les répartir au marc-le-franc entre séparatistes et non séparatistes, proposent d'attribuer au créancier diligent tout ce qu'il aurait touché si les autres créanciers non séparatistes avaient été aussi diligents que lui en demandant eux aussi la séparation. Le créancier séparatiste toucherait un dividende sur ces sommes réservées proportionnel au rapport entre le montant de l'actif réalisé et le montant du passif donné par l'addition des créances du séparatiste et des non séparatistes. La différence entre sa collocation effective et le montant de son inscription serait réservée aux autres créanciers de l'hérédité non séparatistes au prorata ; on colloquerait ensuite les créanciers hypothécaires de l'héritier et sur le reliquat il y aurait concours des non séparatistes et, s'il y a lieu, des créanciers personnels de l'héritier (1).

Les séparatistes peuvent saisir les biens de l'héritier et concourir, sur ce gage complémentaire, avec les créanciers personnels à égalité (2).

On sait que l'on se demande si ce droit de préférence constitue un véritable privilège si bien que le créancier séparatiste puisse saisir les immeubles de la succession même après qu'ils auront été aliénés par l'héritier, c'est-à-dire, exercer le droit de suite, alors qu'il n'était, du vivant du débiteur, qu'un créancier chirographaire ; et beaucoup d'auteurs dénie ce caractère de privilège (3) bien que la majorité des arrêts des Cours d'Appel, aient, depuis 1828 admis le droit de suite (4) et cette solution ait été consacrée par un arrêt de la Chambre des requêtes (5).

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n^{os} 875 et suiv.

(2) Il n'est pas nécessaire d'ajouter que les créanciers du défunt qui avaient jadis à faire valoir des causes de préférence priment les créanciers chirographaires et que les créanciers héréditaires doivent être payés avant les légataires : *nemo liberalis nisi liberatus*.

(3) Aubry et Rau, III, § 262, pp. 279-280 ; VI, § 619, pp. 500-501 ; A. Colin et Capitant, II, n^o 1170 ; Labbé, note, S. 72.1.153 ; Demolombe, V, n^{os} 208, 209 ; Guillouard, III, n^{os} 1343, 1344 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n^o 872 ; Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n^o 679 ; Bordeaux, 4 avr. 1911, D. P. 1912.2.352 ; Montpellier, 26 nov. 1923, D. P. 1925.2.80.

(4) A la condition toutefois que le créancier ait fait inscrire la séparation avant la transcription de l'aliénation. V. après.

(5) Pau, 10 janv. 1877, D. 87.2.173 ; Aix, 4 déc. 1893, D. 95.2.273, note de

Il ne paraît guère douteux qu'à s'en tenir à la tradition et aux textes du Code, la séparation des patrimoines ne devrait être qu'un simple droit de préférence, mais des raisons profondes ont décidé la Jurisprudence à admettre le droit de suite : notamment la considération que les créanciers successoraux se trouveraient moins bien traités que les légataires, auxquels l'art. 1017 C. civ. confère une hypothèque munie du droit de suite, et le fait que la séparation n'étant pas une mesure de liquidation collective, et ne dessaisissant pas l'héritier comme le faisait la *reparatio bonorum* romaine, celui-ci conserverait le droit de disposer des immeubles héréditaires.

Dans l'opinion qui dénie le caractère de privilège on admet que le créancier ou légataire qui a pris inscription avant la transcription de l'aliénation de l'immeuble opérée par l'héritier conserve son droit de préférence sur le prix (1).

Lorsque l'héritier tombe en faillite ou en liquidation judiciaire, ou bien il meurt et sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire avant l'expiration du délai de six mois, la question se pose de savoir si ses événements feront obstacle à l'inscription.

Bien que l'art. 2146 C. civ. ne fasse aucune réserve on répond par la négative pour ne pas aller contre le but même de la loi, qui est de donner aux créanciers le moyen de se rendre compte de la solvabilité de l'héritier (2). Mais la question est douteuse.

Il est de même douteux si les créanciers séparatistes (à supposer qu'ils soient armés du droit de suite) conservent le droit d'inscrire utilement leur privilège pendant le reste du délai de six mois, lorsque, avant l'expiration de ce délai, un des immeubles héréditaires a été aliéné et l'acte d'aliénation a été transcrit. Mais on pense que l'art. 6, al. 1^{er} de la loi de 1855 impose la solution négative.

de Loynes, S. 96.2.17, note Tissier, *Pand. fr.*, 95.2.231, note Capitant; Req., 27 juillet 1870, D. 71.1.352, S. 72.1.153, note Labbé; *Contra* : Bordeaux, 4 avril 1911, D. P. 1913.2.352; Montpellier, 26 nov. 1924, D. P. 1925.2.80.

La Chambre civile, dans l'arrêt du 5 déc. 1924, sans statuer directement sur la question, semble admettre le droit de suite de façon implicite. D. 1925.1.64, avec note de M. Hubert.

(1) Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, *Rev. Trimestrielle*, 1919, p. 410, n. 3.

(2) Bordeaux, 19 févr. 1895, D. 96.2.276, S. 96.2.27; A. Colin et Capitant, II, n° 1172; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 868, et n° 1596; Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 960. *Contra* : Guillouard, III, n° 1334; Colmet de Santerre, IX, n° 120 bis, VIII; Lyon-Caen et Renault, VII, n° 294; Thaller et Percerou, *Dr. com.*, n° 2058; Hue, XIII, n° 164.

tive, car l'acquéreur n'est pas en état de connaître l'existence du privilège du moment que l'immeuble n'est pas grevé d'aucune inscription. L'art. 6 dans son second alinéa n'apporte d'exception à cette règle qu'au profit du vendeur et du partageant, mais non des créanciers et des légataires successoraux (1).

Par rapport à la séparation des patrimoines se pose aussi la question de la survie du droit de préférence au droit de suite. Dans l'hypothèse que nous venons d'examiner on peut se demander si les créanciers et les légataires ne pourraient, en s'inscrivant avant la fin du délai, invoquer leur droit de préférence sur la créance du prix. Les auteurs sont à peu près d'accord pour répondre qu'ils le peuvent, s'ils sont en conflit avec des créanciers chirographaires de l'héritier, car ces derniers ne peuvent pas se prévaloir du défaut d'inscription et les créanciers séparatistes peuvent invoquer contre eux la subrogation réelle en vertu de laquelle le prix est subrogé à l'immeuble dans la succession (2). Mais la solution devient douteuse si le créancier séparatiste se trouve, à la suite d'une aliénation forcée de l'immeuble en conflit avec les créanciers privilégiés et hypothécaires de l'héritier. On peut observer qu'un privilège immobilier ne peut être opposé aux autres créanciers privilégiés ou hypothécaires, qu'à la condition d'avoir été inscrit en temps utile et ne peut dès lors engendrer le droit de préférence (3). Mais les auteurs qui décident que l'inscription du privilège du copartageant dans le délai de soixante jours conserve rétroactivement le droit de préférence attachent la même rétroactivité et la même survie du droit de préférence à l'inscription de la séparation des patrimoines effectuée dans les six mois du décès (4).

75. *Privilèges des Architectes et des Entrepreneurs.* — Ce privilège se justifie par une idée de plus-value, par le fait que l'archi-

(1) A. Colin et Capitant, II, n° 1172 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 869 ; III, n° 2089 ; Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 1113. — L'inscription de l'art. 2111 n'a donc de vertu rétroactive que pour le droit de préférence, non pour le droit de suite.

(2) Caen, 9 févr. 1860, D. P. 60.2.193 ; A. Colin et Capitant, II, n° 1172 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 870.

(3) A. Colin et Capitant, II, n° 1172, et les auteurs qui se refusent à admettre la survie du droit de préférence pour le privilège du copartageant.

(4) V. Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 1365 ; V. cependant Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 870.

tecte ou l'entrepreneur a mis quelque chose dans le patrimoine d'autrui (art. 2103, 4^e al. C. civ.) (1).

Mais l'imprécision des textes du Code civil qui réglementent ce privilège, la disproportion entre les frais qu'entraîne sa conservation et l'avantage procuré ont amené les intéressés à ne pas s'en prévaloir.

En effet, les formalités établies par la loi, soit pour fixer la plus-value sur laquelle s'exerce le droit de préférence, soit pour rendre public le droit, donnent lieu à de nombreuses difficultés.

On sait que ces formalités consistent dans la rédaction de deux procès-verbaux, l'un antérieur au commencement des travaux (2), l'autre établi dans les six mois de leur achèvement.

Mais si le premier procès-verbal, quoique dressé avant le commencement des travaux, est inscrit après, au cours de leur exécution, la question se pose si le constructeur conserve son droit de préférence sur la plus-value totale produite par les travaux, ou si, au contraire, il se limitera à la plus-value résultant des travaux postérieurs à l'inscription.

La question ne se pose que pour les constructions édifiées avant l'inscription du procès-verbal, car il n'y a pas de doute quant au privilège sur la plus-value postérieure à l'inscription qui existe certainement.

La solution négative ne fait pas de doute pour les créanciers hypothécaires dont le droit, né après le commencement de l'ouvrage a été inscrit avant le privilège : le privilège du constructeur ne leur est opposable que pour la plus-value postérieure à son inscription (3).

Au contraire, il y a eu controverse pour les hypothèques nées et inscrites avant le commencement des travaux. Le doute est légitime car ces créanciers n'ont pas pu prendre en considération les constructions qui n'étaient pas encore commencées.

La Cour de Paris avait, dès lors, décidé que le privilège du constructeur devait primer ces hypothèques pour la totalité de la plus-value résultant de l'ensemble des travaux, tant antérieurs que posté-

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n^{os} 625-627 ; Guillouard, II, n^{os} 525-527 ; A. Colin et Capitant, II, n^o 1161 ; Planiol et Ripert, XII (Becqué), n^o 658.

(2) Civ., 30 décembre 1912, S. 1914.1.134.

(3) A. Colin et Capitant, II, n^o 1167 ; Guillouard, III, n^o 1310 ; Aubry et Rau, III, § 278, pp. 600-602, texte et note 35 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n^o 850 ; Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n^o 816.

rieurs à l'inscription du privilège, par un arrêt du 2 avril 1890, que la Chambre civile cassa le 12 décembre 1893 (1). La Cour de Rouen, devant laquelle l'affaire fut renvoyée, se prononça le 24 juillet 1895 dans le même sens que la Cour de Paris ; mais les Chambres réunies de la Cour de Cassation ont confirmé l'interprétation de la Chambre civile (2).

La question se pose également de savoir si le second procès-verbal doit être inscrit dans le délai de six mois prescrit pour sa rédaction par l'art. 2103.

On peut répondre que l'art. 2106 ne dit rien de semblable et décider que l'inscription tardive, plus de six mois après l'achèvement des travaux, n'entraîne pas dégénérescence du privilège, tant que l'immeuble n'est pas sorti du patrimoine du débiteur (3), mais des auteurs éminents soutiennent que, faute d'inscription dans le délai, le privilège dégénère en simple hypothèque (4).

En cas de survenance de l'un des événements qui arrêtent le cours de l'inscription, la jurisprudence et la grande majorité de la doctrine décident que le premier procès-verbal doit être publié avant ces événements, faute de quoi, le privilège est perdu, perte portant aussi bien sur le droit de préférence que sur le droit de suite (5).

Mais relativement à l'inscription du second procès-verbal il y a plus de difficultés.

Certains auteurs pensent que les événements de l'art. 2146 font obstacle à son inscription (6) ; d'autres admettent qu'après ces événements ou après la transcription d'une aliénation de l'immeuble, en vertu des termes formels de l'art. 2146 du Code civil et de l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, aucune inscription n'est plus possible, mais exceptionnellement, ils pensent que l'inscription du second procès-verbal soit encore possible tant que le délai de six

(1) Civ., 12 déc. 1893, D. 94.1.225, note de Loynes, S. 94.1.217.

(2) Ch. Réun., 31 janv. 1898, D. 98.1.233, note de Loynes, S. 98.1.257, note Demonte.

(3) A. Colin et Capitant, II, n° 1167 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n°s 846 et 849 ; Colmet de Santerre, IX, n° 71 bis, III ; Thézard, n° 317.

(4) Aubry et Rau, III, § 278, p. 602, texte et note 38 ; Guillouard, III, n°s 1314-1315.

(5) Limoges, 1^{er} mars 1847, D. 47.2.147, S. 47.2.637 ; Aubry et Rau, III, § 278, p. 602 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 8441 et III, n° 1786 ; Guillouard, III, n° 1313 ; Hue, XIII, n°s 159 et 316 ; Beudant, II, p. 607, note 1 ; Josserand, II, n°s 1834 et 1112 ; Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 959.

(6) Beudant, II, n° 559.

mois susvisé ne soit pas expiré, et cela aussi au point de vue du droit de préférence qu'au point de vue du droit de suite (1).

D'après une troisième solution, l'art. 2146 serait sans application, parce que le second procès-verbal n'exerce aucune influence sur le rang du créancier et cela non seulement quant aux événements dont à l'art. 2146, mais aussi en cas d'aliénation volontaire ou forcée. L'art. 6 de la Loi de 1855 ne viserait que le cas normal, où la conservation d'une sûreté réelle est assurée par une inscription unique et en ce qui concerne le privilège de l'architecte, le droit de suite serait conservé par l'inscription du premier procès-verbal qui a eu lieu avant la transcription (2).

Le privilège établi sur les terrains drainés par la Loi du 17 juillet 1856 se conserve par des moyens analogues.

76. *Hypothèques occultes : Hypothèques légales opposables aux tiers indépendamment de toute inscription.* — Deux véritables hypothèques occultes sont celles de la femme mariée et des personnes en tutelle (3), qui d'après l'art. 2135, § 1, existent indépendamment de toute inscription, plus exactement elles sont opposables aux tiers et elles produisent tous leurs effets (droit de préférence et droit de suite) encore que non inscrites.

Cette dérogation au principe de publicité est inspirée par le soin de protéger l'incapable contre le négligence ou la mauvaise volonté

(1) Aubry et Rau, III, § 278, p. 603, texte et notes 39-40, p. 604, note 41 ; Guillouard, III, n° 1316 ; Thaller et Percerou, *Dr. com.*, n° 2057.

Cette solution est, en général, une conséquence de l'opinion, qui estime que le délai de six mois ne soit pas établi seulement pour la rédaction du second procès-verbal, mais aussi pour son inscription. Cependant, MM. A. Colin et Capitant, qui ne partagent pas cette opinion, semblent se rallier à cette thèse intermédiaire car ils enseignent que ces événements privent le constructeur du droit de prendre une seconde inscription, *une fois les six mois expirés*. Après ces événements, en effet, aucune inscription n'est plus possible. (A. Colin et Capitant, II, n° 1167).

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n°s 847-848 et II, n° 1597, III, n°s 2087-2088 ; Lacantinerie, *Précis*, II, n° 1616 ; Thézard, n° 318 ; Colmet de Santerre, IX, n° 120 *bis*, VII ; Josserand, II, n° 1534 ; Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 959.

(3) C'est-à-dire : enfants légitimes mineurs, dont l'un des pères et mères est décédé ; enfants naturels reconnus, interdits judiciaires et interdits légaux. Les administrateurs dont les biens sont grevés d'hypothèques sont uniquement les tuteurs, y compris le mari de la mère remariée, le protuteur de l'art. 417, et le tuteur de fait, mais excepté le tuteur nommé en exécution de l'art. 10 de la loi du 24 juillet 1889.

de son représentant légal, et elle a été sensiblement réduite par l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, et, pour l'hypothèque de la femme, par l'art. 9 de cette même loi.

Il faut cependant remarquer que la dispense de publicité n'est pas le principe du Code, qui, au contraire, prend certaines mesures pour parvenir à leur inscription ; dans ce but il fait à certaines personnes un devoir (mari, tuteur et subrogé tuteur, subsidiairement ministère public, art. 2136, 2137, 2138 C. civ.), tandis qu'il permet à d'autres personnes de provoquer cette inscription (parents de la femme mariée ou du mari, parents ou ami du mineur ou de l'interdit, art. 2132 C. civ.). Enfin, le mineur ou l'interdit lui-même peut requérir l'inscription. Mais les mesures qui sont édictées à cet effet manquent de sanctions suffisantes.

De plus, l'hypothèque légale de la femme mariée peut faire l'objet d'une inscription même après une séparation de corps ou de biens, suivie de la liquidation et du paiement des reprises de la femme, parce que celle-ci peut encore acquérir des créances contre son mari, notamment à raison de l'aliénation d'un de ses biens dans les conditions de l'art. 1450 C. civ., une hypothèque garantissant une créance simplement éventuelle pouvant être inscrite (1).

Dès lors on comprend aisément comme cette opposabilité aux tiers indépendamment de toute publicité soit un des points les plus critiqués du régime hypothécaire. Quiconque acquiert la propriété d'un immeuble ou d'un droit réel sur un immeuble peut craindre l'existence d'une hypothèque occulte, soit du chef de celui avec qui il traite, soit surtout du chef des propriétaires antérieurs.

Sans anticiper sur les expositions des réformes proposées, il y a lieu de remarquer tout de suite que la critique la plus éminente est arrivée jusqu'à soutenir la nécessité de la suppression de l'inscription elle-même et il est bien certain que le système qui consisterait à subordonner l'efficacité de l'hypothèque à l'inscription risquerait de faire dépendre l'existence de la garantie accordée aux incapables d'une formalité que ceux-ci ne sont en état d'accomplir eux-mêmes.

Il est vrai qu'en pratique, les notaires inscrivent à la fin des actes de vente ou de constitution d'hypothèque une clause de style afin

(1) Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 772 ; Baudry-Lacantinerie et de Loy-
nes, II, n° 1523, I ; Guillouard, III, n°s 1261-1262 ; Lyon-Caen, note, S. 79.1.49-
50 ; *Contra* : Nancy, 12 mai 1869, D. 69.2.201, S. 69.2.225 ; Bordeaux, 22 juil-
let 1869, D. 71.2.89, S. 70.2.80.

de faire connaître aux tiers (créanciers ou acquéreurs) si l'emprunteur ou vendeur est marié, et sous quel régime, pour qu'il sache si la femme de son contractant peut renoncer à son hypothèque, s'il a exercé une ou plusieurs tutelles et si le compte a été rendu et soldé ; mais il ne faut pas oublier que le propriétaire actuel n'est pas à même de garantir l'absence d'hypothèques légales existant du chef des précédents propriétaires (1).

Il est vrai aussi que, lorsqu'il s'agit d'une aliénation, l'acquéreur peut se couvrir à l'aide de la purge spéciale organisée par le Code contre les hypothèques dispensées d'inscription ; mais cette procédure entraîne des frais souvent disproportionnés avec la valeur de l'acquisition et, en tout cas, le même remède n'existe pas pour ceux qui effectuent une opération autre qu'une acquisition de propriété (2).

En ce qui concerne l'hypothèque de la femme mariée on sait que la pratique a trouvé le moyen de la détourner par la renonciation et la subrogation ; ainsi qu'on peut affirmer, si l'on fait exception du régime dotal, qu'elle ne garantit nullement à la femme la restitution de sa dot.

On sait que la loi du 23 mars 1855 (art. 8) a du moins limité la dérogation du principe de publicité à la durée de la tutelle. Toutefois elle accorde au créancier (la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit qui a obtenu mainlevée ou qui a été libéré, ou les héritiers), un délai d'un an pour prendre inscription (3).

L'hypothèque inscrite postérieurement à l'échéance du délai ne datera que du jour de l'inscription ; elle ne sera opposable aux tiers qui auraient acquis des droits réels sur les immeubles du mari ou tuteur par un titre transcrit avant qu'elle-même ait été inscrite (4).

(1) C'est ainsi que l'application de l'hypothèque légale aux enfants naturels (L. du 2 juillet 1907) a soulevé les légitimes protestations de la pratique, la reconnaissance d'un enfant naturel pouvant se faire sans aucune publicité (v. n° 46). Le Congrès International de la propriété bâtie, tenu à Paris en mai 1913, a émis le vœu que cette hypothèque ne produise effet qu'à dater de son inscription (v. circulaire trimestrielle du Comité des Notaires des départements, 1913, n° 239, p. 138 ; A. Colin et Capitant, II, n° 1209).

(2) A. Colin et Capitant, II, n° 1216.

(3) Les événements de l'art. 2146 ne font pas obstacle à l'inscription pourvu qu'elle soit prise dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle ; mais à partir de l'expiration de ce délai les événements s'opposent à l'efficacité de l'inscription.

(4) Req., 2 juillet 1877, D. 78.1.408, S. 77.1.415.

Il y a lieu de remarquer que si le tuteur est remplacé par un autre tuteur ou si le mineur est émancipé l'inscription n'est pas obligatoire. Dès lors les biens de ces anciens tuteurs se trouvent grevés de l'hypothèque légale sans qu'aucune inscription en révèle l'existence aux tiers (1).

En outre, si l'art. 8 trouve certainement application quand le mariage s'est dissous par le prédécès de la femme (les héritiers de celle-ci sont tenus à faire inscrire l'hypothèque dans l'année), et en cas de divorce pour la femme divorcée, les opinions sont partagées en ce qui concerne le cas de séparation de corps (2).

D'autre part, en ce qui concerne l'hypothèque de la femme mariée, on sait que l'art. 9 de la même loi a fait cesser les inconvénients engendrés par la décision de la jurisprudence en cas de subrogation-cession. La jurisprudence décidait, en effet, que le créancier, auquel une femme mariée avait transmis son hypothèque par une subrogation ou son rang par une cession du droit de priorité, jouissait de la même dispense d'inscription que la femme (3), de sorte que ces conventions n'étaient pas soumises à aucune publicité. D'après l'art. 9 de ladite loi, le créancier cessionnaire est astreint à la publicité comme un créancier ordinaire : en effet, l'opération doit être faite par acte authentique et elle doit être publiée ; si l'hypothèque légale n'est pas encore inscrite, le créancier doit prendre une inscription à son profit ; s'il y a une inscription précédente, il suffit de mentionner la subrogation en marge de l'inscription précédente. Les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations exercent les droits hypothécaires de la femme ; mais cette publicité n'est pas nécessaire à la validité de l'opération elle-même (4).

(1) Aubry et Rau, III, § 269, p. 512, note 16 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1507 ; Guillaud, III, n° 1231 ; A. Colin et Capitant, II, n° 1215.

(2) Pour l'application de l'art. 8, A. Colin et Capitant, II, n° 1228 ; *Contra* : Aubry et Rau, III, § 269, p. 512, note 15 *bis* ; Bartin, sur Aubry et Rau, VII, § 485, note 4 *quater* ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1512 ; de Loynes, note, D. 94.2.577 ; Huc, XIII, n° 270 ; Beudant, II, n° 747 ; Planiol et Ripert, II (Rouast), n° 383.

(3) Civ., 24 janvier 1858, S. 58.1.79 ; Req., 13 nov. 1854, D. 55.1.143, S. 56.1.193 ; Aubry et Rau, III, § 288 *bis*, pp. 758-759.

(4) A. Colin et Capitant, II, n° 1282.

Nous n'avons pas à indiquer les effets de la cession, subrogation ou renonciation par la femme consentie aux tiers (1), mais il y a lieu de rappeler que les dispositions édictées par l'art. 9 s'étaient manifestées insuffisantes au cas de subrogation — renonciation au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté : notamment on s'était demandé s'il était nécessaire que la renonciation ait lieu devant notaire et si l'acquéreur pour pouvoir opposer aux tiers la renonciation, devait faire inscrire l'hypothèque légale.

C'est ainsi que la loi de 1889 (al. 4, ajouté à l'art. 9, L. 23 mars 1855) a tranché ces questions en disant que la renonciation n'est valable que si elle est contenue dans un acte authentique. La présence de la femme à l'acte ne suffit pas. Il faut qu'on insère dans l'acte une clause expresse constatant la renonciation ou que la femme stipule comme covenendresse, s'il s'agit d'un immeuble commun, comme garante ou caution du mari, s'il s'agit d'un immeuble de celui-ci. En outre, le tiers acquéreur n'est pas obligé de faire inscrire l'hypothèque légale. Il suffit qu'il fasse transcrire le contrat d'aliénation ou qu'il en soit fait mention en marge de la transcription au cas où la renonciation ait eu lieu par acte séparé (art. 9, 3^e al.).

Il y a lieu cependant de faire observer que cette solution révèle un grave inconvénient. Bien que l'hypothèque légale soit éteinte vis-à-vis de l'acquéreur, dès le moment de la transcription, si plus tard une inscription de l'hypothèque légale est prise, le Conservateur des hypothèques ne manquera pas de mentionner dans les états qui lui seront demandés relativement à l'immeuble vendu, cette inscription requise à un moment où l'hypothèque légale avait cependant cessé de grever l'immeuble (2).

Par suite l'acquéreur de l'immeuble reste en apparence grevé de l'hypothèque légale et les créanciers sollicitant une subrogation dans cette hypothèque peuvent croire que l'hypothèque frappe encore l'immeuble aliéné, trompé par cette inscription (3).

(1) Ce que la femme cède c'est moins son hypothèque que le rang dont elle bénéficiait (v. A. Colin et Capitant, II, n° 1233).

(2) La Chambre civile a reconnu la validité de la pratique suivie par les conservateurs (Civ., 15 mai 1901, D. P. 1901.1.441, note de M. de Loynes, S. 1901.1.310).

(3) Caen, 5 nov. 1902, S. 1903.1.134 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1103 ; de Loynes, note, D. 1902.1.441 ; A. Colin et Capitant, II, n° 1236, note 1 ; Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 1420.

Les notaires ont demandé qu'on mît un terme à cette pratique, en modifiant le texte de la Loi de 1889. Une proposition de loi a été déposée au Parlement à cet effet proposant de constater en marge de la transcription, la validité de la renonciation faite par la femme ; ainsi le conservateur des hypothèques prévenu par cette mention devrait s'abstenir de porter sur ses états les inscriptions concernant l'immeuble aliéné (1).

Enfin la dispense de publicité pendant toute la durée du mariage ou de la tutelle et pendant un an après sa dissolution ou sa cessation, souffre un tempérament dans trois cas, où l'inscription devient nécessaire :

1° Lorsque, l'immeuble du mari ou tuteur fait l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique (L. 3 mai 1841, art. 17) ; lorsqu'il fait l'objet d'une saisie immobilière (L. 21 mai 1858, modifiant l'art. 717 C. pr. civ.) ; 2° lorsqu'il fait l'objet d'une saisie immobilière (L. 21 mai 1858, modifiant l'art. 717 C. pr. civ.) ; 3° lorsqu'à la suite d'une aliénation cède à la purge des hypothèques légales occultes (art. 2193 et s. C. civ.). Dans ce cas l'hypothèque doit être inscrite dans le délai de quinzaine à partir de la transcription du jugement d'expropriation (2), avant la transcription du jugement d'adjudication (3), et dans le délai de deux mois déterminé par l'art. 219 (4).

(1) On rappelle que tant que le prix reste dû, c'est-à-dire peut-être pendant trente ans, la femme conserve son droit de préférence (art. 9, 6° al.). De plus, lorsque l'immeuble est grevé d'autres inscriptions hypothécaires, et que l'acquéreur ne fait pas la purge de ces hypothèques, parce que le prix est absorbé par les créances de la femme, l'art. 9, 7° al. permet à l'acquéreur d'invoquer la subrogation dans le droit de préférence de la femme.

Quant à la disposition par qui se termine la loi de 1889 « aussi obscure dans son texte que dans son esprit » suivant l'expression de MM. Aubry et Rau (III, § 288 bis, p. 794, texte et note 80 *in fine*) v. A. Colin et Capitant, II, n° 1238 et Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 1431.

(2) La femme, le mineur ou l'interdit conservent le droit de préférence sur l'indemnité d'expropriation tant qu'elle n'a pas été payée, ou que l'ordre n'a pas été réglé définitivement entre les créanciers.

(3) Le droit de préférence n'est pas perdu sur le prix d'adjudication, à la condition de produire à l'ordre qui va s'ouvrir, dans les quarante jours à partir des sommations au cas d'un ordre judiciaire, ou avant la clôture de l'ordre, autrement (art. 717 et 754 Pr. civ.).

(4) Le droit de préférence sur le prix n'est pas perdu par les créanciers à hypothèque légale occulte, pourvu qu'un ordre soit ouvert dans les trois mois qui

§ 2. — EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE SPÉCIALITÉ

77. *Généralités. Dispense d'individualisation.* — On sait que le principe de spécialité exige que la sûreté soit limitée à la fois quant aux immeubles qu'elle grève et quant aux sommes qu'elle garantit. Une dispense d'individualisation des immeubles grevés est établie par la loi quant aux hypothèques légales des femmes mariées et des personnes en tutelles quand elles sont rendues publiques, à l'hypothèque judiciaire, à l'hypothèque légale de la Régie des douanes sur les biens des redevables, aux privilèges généraux sur les immeubles quand ils sont soumis à inscription (1), à l'hypothèque légale des communes et établissements publics (2).

Suivant l'avant-dernier alinéa de l'art. 2148, rétabli par la loi du 31 mai 1918, une seule inscription par bureau suffit pour frapper tous les immeubles actuellement possédés par le débiteur, dans le ressort du bureau et tous ceux qu'il acquerra par la suite dans ce ressort.

78. *Dispense d'évaluation dans l'inscription.* — Une exception à la règle en vertu de laquelle le montant de la créance doit être indiqué dans l'inscription, si la créance est liquide, ou évalué si elle ne l'est pas encore, est faite pour les hypothèques légales de l'art. 2121, c'est-à-dire celles des femmes mariées et des personnes en tutelle, toutes les fois qu'elles sont inscrites, même après que la

suivent l'expiration du délai de deux mois et qu'ils produisent suivant l'art. 717, Pr. civ.

Il y a lieu d'ajouter que le droit de préférence serait perdu aussi bien que le droit de suite, dans les trois cas, si ces trois situations n'aient lieu qu'après l'expiration de l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, faute d'inscription dans lesdits délais.

(1) V. *supra*, n° 70.

(2) Cette dispense ne s'applique pas à l'hypothèque légale de l'Etat, car elle ne frappe pas les immeubles non atteints par le privilège (L. 5 sept. 1807). Elle ne s'applique pas non plus ni aux privilèges immobiliers spéciaux, ni à ces mêmes privilèges dégénérés en hypothèques, ni à l'hypothèque légale de la masse, ni à l'hypothèque conventionnelle des biens à venir (art. 2130), ni à l'hypothèque légale des légataires. La jurisprudence est dans le sens contraire ; Req., 20 nov. 1901, D. 1907.1.217, note de Loynes, S. 1904.1.22 ; mais depuis la loi du 28 mai 1918 la dispense ne saurait plus être admise ; Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 791.

dispense d'inscription a cessé ; celles de l'Etat, des départements, communes et établissements publics.

Toutefois la dispense d'évaluation n'est pas complète et elle cesse lorsqu'il existe au profit du créancier à hypothèque légale de l'art. 2121, une créance dont le montant est déjà connu au moment où l'inscription est prise (art. 2153) (1).

79. *Hypothèque de biens à venir*. — Une disposition inconciliable avec le principe de spécialité du gage hypothécaire doit être encore signalée dans la faculté d'hypothéquer les biens à venir dans le cas exceptionnel visé par l'art. 2130 C. civ. Quoique la loi ait pris bien des précautions pour restreindre cette hypothèque dans un cercle étroit, la pratique a compris qu'on pouvait tirer parti de cette disposition exceptionnelle pour arriver à tourner la prohibition de l'art. 2129. Le débiteur achète un immeuble insignifiant qui va lui permettre d'hypothéquer les biens à venir ; ou bien les parties déclarent que l'immeuble hypothéqué est insuffisant et elles vont pouvoir hypothéquer les biens à venir du débiteur.

Ce système permet au surplus, aux fils de famille de donner comme garantie à des usuriers la succession de leurs parents (2).

L'hypothèque des biens à venir reste soumise à la règle de la spécialité quant à l'inscription, à la différence des hypothèques générales, même lorsque celles-ci sont soumises à l'inscription (hypothèque légale de l'Etat, des communes, hypothèque judiciaire). Il s'ensuit que le créancier muni de cette hypothèque reste exposé à perdre tout le bénéfice qu'il avait entendu se faire conférer ; et ce danger est encore aggravé à l'égard des hypothèques légales générales dispensés de publicité (femme mariée, mineur, interdit) (3).

§ 3. — L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

80. *Critique de l'institution*. — L'hypothèque judiciaire (art. 2123, al. 1^{er} et 2117, al. 2 C. civ.) est, nous l'avons vu, générale quant aux biens (art. 2123 C. civ., al. 2^e), mais spéciale quant à la créance

(1) La distinction établie par ce texte soulève des difficultés dans son application à l'hypothèque légale de la femme mariée. V. Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 794.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1383 ; A. Colin et Capitant, II, n° 1279 ; Planiol et Ripert, XII (Becqué), n° 437.

(3) A. Colin et Capitant, II, n° 1280 ; Planiol et Ripert, XII (Becqué), n° 437.

garantie, c'est-à-dire qu'elle ne garantit que l'obligation qui a fait l'objet du jugement et elle n'est pas dispensée de publicité, sauf ce que nous avons observé au n° 77.

La critique de cette institution ne relève pas par conséquent du défaut de publicité, mais elle porte sur sa nature même. Nous nous réservons d'exposer en détail les critiques véhémentes, dont elle a été l'objet, au cours de notre exposition. Il y a lieu ici seulement de remarquer qu'on observe généralement que cette institution dénature et exagère le rôle du juge, elle est injuste, elle multiplie les procès, elle est dangereuse pour les créanciers eux-mêmes en faisant naître, à l'improviste, une cause de préférence sur tous les immeubles au profit de l'un d'eux (1).

La question se pose cependant de voir si ces critiques portent comme nous l'avons dit, sur la nature de l'institution ou non plutôt sur l'absence de toute réglementation de la déconfiture.

Quoiqu'il en soit, et si on peut différer d'avis sur l'utilité qu'il y aurait à supprimer l'hypothèque judiciaire qui résulte du jugement de condamnation, tout le monde est d'accord à critiquer celle qui résulte des jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture. Le Code de 1804 en supprimant l'hypothèque générale tacite attachée dans l'ancien droit aux actes notariés à raison de leur forme a été illogique en maintenant cette hypothèque au profit des actes privés reconnus ou vérifiés en justice. Elle se manifeste comme une source d'abus et d'injustice : un créancier qui n'avait pas pu obtenir de son débiteur une hypothèque conventionnelle, en l'assignant en reconnaissance d'écriture, il obtiendra bien mieux que ce qu'aurait pu lui accorder volontairement le débiteur, à savoir une hypothèque générale, portant sur tous les immeubles présents et à venir ; et d'autre part, il sera mieux traité que s'il avait été muni d'un titre authentique, car alors il n'aurait pas pu engager la procédure en reconnaissance et en vérification d'écriture. On sait que dans le but d'atténuer le résultat choquant de cette incohérence la loi du 3 septembre 1807 (art. 97 du Code de l'enregistrement) est intervenue pour interdire l'inscription de cette hypothèque judiciaire avant l'échéance de la dette (2).

(1) En cas de mort du débiteur suivie d'acceptation bénéficiaire et de faillite ces inconvénients sont empêchés par la loi (art. 2146, al. 1^{er}, C. civ., ; 448, 1^{er} al. C. com. ; art. 2146, 2^e al., 808 et s. C. civ.).

(2) Si le débiteur poursuivi ne dénie pas son écriture, les frais du jugement resteront à la charge du créancier (art. 2 de la loi du 3 sept. 1807).

§ 4. — AUTRES INCONVÉNIENTS DU RÉGIME HYPOTHÉCAIRE

81. *Généralités.* — Aux critiques plus particulièrement relatives au défaut de publicité et de spécialité, il faut en ajouter d'autres qui relèvent soit du défaut de publicité, soit d'inconvénients d'autre nature.

Il y a lieu de signaler notamment les défauts suivants :

a) inconvénients et difficultés de transfert et de réalisation du gage hypothécaire ;

b) inconvénients de la clandestinité de l'extinction de la créance hypothécaire ;

c) inconvénients des facultés de purge, de délaissement et de discussion accordées par la loi au tiers détenteur ;

d) inconvénients du renouvellement décennal des inscriptions ;

e) de l'insuffisance d'application du principe de la subrogation réelle ;

f) de la prescription de l'hypothèque indépendante de la créance ;

g) de la difficulté de libération de l'emprunteur.

Nous allons donner des précisions à ces sujets.

82. *Inconvénients et difficultés de transfert et de réalisation du gage hypothécaire.* — Le Code civil ne s'est pas occupé d'une façon spéciale de la transmission des privilèges et des hypothèques. L'art. 1692 décide, toutefois, que la cession d'une créance comprend les accessoires de cette créance, tels que caution, privilège et hypothèque (v. aussi : art. 2112), et l'art. 1278, en matière de novation autorise le créancier à réserver au profit de la créance nouvelle, les privilèges ou hypothèques de l'ancienne.

On sait qu'aux termes de l'art. 1690 du Code civil, le cessionnaire d'une créance à personne dénommée n'est saisie à l'égard des tiers que par la signification du transfert faite au débiteur ou par l'acceptation que le débiteur a faite du transfert dans un acte authentique. Mais il y a lieu d'observer que la publicité ainsi procurée est toute relative à l'égard des tiers. Celui qui acquiert une créance ne peut jamais être absolument sûr qu'elle n'a pas été déjà cédée à un autre et qu'il a bien affaire au créancier véritable. Sans doute, il peut se renseigner auprès du débiteur ; mais ce dernier n'est pas obligé sous

aucune sanction précise de répondre à la question qui lui est adressée (1).

De même, la subrogation, soit légale, soit conventionnelle s'accomplit sans publicité. L'art. 1250 du Code civil exige bien que l'acte d'emprunt et la quittance, au cas de subrogation du prêteur de deniers, soient dressés par un notaire ; mais cette formalité n'est pas pour avertir les tiers que la créance n'est plus aux mains du créancier originaire et que seul le prêteur subrogé peut disposer de la créance.

En effet, les notaires qui reçoivent un acte de transfert ou de subrogation en donnent avis au conservateur des hypothèques qui le mentionne en marge de l'inscription originaire, car les intérêts du notaire et du conservateur sont identiques et cet usage protège en même temps l'intérêt des tiers non prévenus de la cession par la signification au débiteur cédé.

L'hypothèque est en général cédée en même temps que la créance qu'elle garantit, mais il peut arriver qu'une hypothèque créée en vue d'une créance déterminée soit transportée au profit d'une créance nouvelle. Cela peut se produire au cas que nous venons d'indiquer (visé par l'art. 1278 du Code civil) et au cas de cession de l'hypothèque légale de la femme mariée dont nous avons déjà parlé (2).

Plusieurs auteurs ont soutenu que sauf ces cas spécialement visés par la loi, l'hypothèque ne peut pas faire l'objet d'une cession séparée pour être attachée ou transférée à une autre créance (3) ; mais d'autres auteurs estiment que l'hypothèque peut être détachée de la créance qu'elle garantissait primitivement, pour être transmise, indépendamment de cette créance, à un cessionnaire qui l'exercera en garantie de sa propre créance, à la place du cédant.

On désigne cette convention sous le nom de subrogation à l'hypothèque (4) : elle ressemble à une constitution d'hypothèque au pro-

(1) Laurent, XXIX, p. 268.

(2) V. n° 76.

(3) Aubry et Rau, III, § 283, pp. 666-667 ; § 288, p. 271, texte et note 2 ; Laurent, XXXI, n°s 324-325.

(4) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 905 ; Colmet de Santerre, IX, n° 75 bis, VI à X ; Thézard, *op. cit.*, n° 32 ; Beudant, *De la subrogation, etc.*, *Revue critique*, XXVIII, 1866, pp. 56 et 210.

fit du subrogé sur l'hypothèque du subrogeant (1). Dès lors, toute subrogation devrait être subordonnée, au point de vue de son efficacité vis-à-vis des tiers, à la publicité (2). Mais il n'en est pas ainsi dans le droit positif : hors le cas où il s'agit d'une subrogation à l'hypothèque légale d'une femme mariée, les subrogations ne sont soumises à aucune condition de publicité. Elles sont efficaces au regard des tiers et dans les rapports des subrogés, les uns par rapport aux autres, par le seul effet de la convention, indépendamment de l'observation des formalités prescrites pour le nantissement des créances (3), indépendamment de toute inscription : elles produisent leur plein effet du jour où l'acte qui les constate a date certaine. Entre plusieurs subrogés la préférence se règle d'après la date certaine de leurs titres (4).

De même le créancier hypothécaire peut consentir une cession de priorité ou de rang ou convention d'antériorité, par laquelle il peut céder à un autre créancier ayant hypothèque sur le même immeuble le rang qui lui appartient. Cette cession de priorité confère au cessionnaire le rang du cédant indépendamment de toute formalité et de toute condition de publicité, de sorte que le rang des bénéficiaires des diverses cessions consenties par le même créancier sur les mêmes biens est déterminé par la date certaine des actes qui constatent la cession.

La question du transfert du gage hypothécaire demande quelque précision sur un problème très important : celui de la mobilisation du crédit foncier.

On conçoit que si le prêteur pouvait être sûr de pouvoir rentrer à volonté dans ses fonds, l'emprunteur pourrait obtenir aisément des conditions plus avantageuses quant aux taux et à la longueur du prêt hypothécaire. On sait que la jurisprudence a admis que l'acte de constitution d'hypothèque rédigé en brevet et remis au créancier peut contenir une clause à ordre ou au porteur. Nous verrons que l'émission des lettres de gage du Crédit foncier contribue à la réalisation de la mobilisation du crédit foncier. Mais le

(1) C'est justement parce qu'il s'agirait d'une hypothèque sur hypothèque que certains auteurs estiment qu'elle n'est pas possible (A. Colin et Capitant, II, n° 1198).

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 947, p. 55.

(3) Aubry et Rau, III, § 288, p. 743, texte et note 4.

(4) Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 1303, texte et note 4.

problème principal qui se pose en cette matière est la création des cédules hypothécaires. Nous rencontrerons cette question au cours de l'exposition des différents projets et des législations étrangères.

De même, on conçoit facilement l'avantage que présenterait une bonne procédure de saisie immobilière. La simplification des formalités, l'accélération des délais, la diminution des frais de la saisie immobilière et de la procédure d'ordre doivent être rangées parmi les réformes qui s'imposent le plus pour améliorer le crédit hypothécaire. Nous dirons plus loin un mot sur la procédure spéciale instituée pour le Crédit foncier par le décret loi de 1852 et sur les procédures instituées en Alsace-Lorraine par les chap. I^{er} et IV du titre V (art. 141 et suiv., 194 et suiv.) de la loi d'introduction du 1^{er} juin 1924.

Un moyen de rendre moins onéreuse l'exécution des engagements, serait l'autorisation de la clause de voie parée (1), prohibée depuis 1841 par l'art. 742 du Code de procédure civile, qui interdit de convenir dans le contrat de prêt hypothécaire, que, faute de paiement à l'échéance, le créancier pourra faire vendre l'immeuble sans recourir aux formes de la saisie immobilière, par exemple aux enchères par devant notaire (2). Cette prohibition a pour but la protection du débiteur et des autres créanciers ; mais l'obligation d'observer les formes de la saisie entraîne des frais énormes préjudiciables à tous (3). M. Dupuy-Dutemps avait déposé à la Chambre, le 29 mai 1890, une proposition d'abrogation de l'art. 742 pr. civ., qui n'a pas abouti.

En ce qui concerne la procédure d'ordre, il y a lieu d'observer que le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque donne aux créanciers hypothécaires des intérêts antagonistes favorisant les conflits. Lorsque plusieurs immeubles sont hypothéqués à la même dette, le créancier peut faire peser tout le poids de son hypothèque sur l'un quelconque des immeubles grevés. La suppression de l'hypothèque générale ne suffirait pas à mettre fin à cet inconvénient, car ces

(1) Sur ces origines, v. Garsonnet et César-Bru, p. 109, n° 2.

(2) La Jurisprudence valide la clause quand elle est contenue dans un acte postérieur. Civ., 25 mars 1903, D. 1904.1.273 ; Orléans, 31 juillet 1883 ; Bordeaux, 27 avril 1885.

(3) Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 1446 ; Batbie, *Revue critique*, 1866, pp. 158 et s. ; Guillouard, *La révision du régime hypothécaire*, extrait du *Livre du Centenaire*, Paris, 1904, p. 26.

difficultés se produisent chaque fois qu'il y a conflit entre créancier à hypothèque, même spéciale, portant sur plusieurs immeubles et créanciers postérieurs n'ayant chacun hypothèque que sur un seul desdits immeubles (hypothèques générales légales ou judiciaires, hypothèque conventionnelle complémentaire de biens à venir, hypothèque conventionnelle multiple).

Dans ces cas en vertu du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, on ne peut pas obliger le créancier à poursuivre un des immeubles plutôt que l'autre, ni le contraindre à diviser sa demande de collocation pour la faire porter proportionnellement sur le prix de chaque immeuble (1).

Dès lors, le créancier à hypothèque générale peut se faire payer sur un seul des immeubles affectés à sa garantie, au détriment du créancier à hypothèque spéciale. Bien plus le choix du créancier à hypothèque générale pourra sacrifier l'un quelconque des créanciers postérieurs tandis qu'un autre d'entre eux obtiendra un paiement intégral et cela même au cas où on devrait pouvoir payer tous les créanciers intégralement.

En outre, il y a lieu d'ajouter qu'il y a des procédés qui permettent au débiteur d'évincer les créanciers plus anciens qui se croient garantis par leur hypothèque : lorsqu'il trouve un nouveau prêteur, celui-ci se hâte de rembourser le créancier à hypothèque générale et se trouve ainsi subrogé dans le bénéfice de cette hypothèque en vertu de l'art. 1251 1^o et il peut, par suite, faire retomber tout le poids de son hypothèque sur les immeubles qui ne lui sont pas spécialement hypothéqués de façon à faire venir en rang utile sa propre hypothèque sur celui qui lui est affecté (2).

Dans le cas où les divers immeubles grevés sont situés dans le même ressort judiciaire et ont été saisis ou vendus à la même époque, une seule procédure d'ordre servira à la distribution de leurs prix réunis. Dans ce cas, la jurisprudence porte un tempérament aux inconvénients que nous venons de signaler. Si le créancier à hypothèque générale n'a aucun intérêt contraire, le juge doit le colloquer de manière à nuire le moins possible à l'effet des hypo-

(1) Req., 11 avril 1903, D. P. 1903.1.463 ; Civ., 9 mai 1905, D. P. 1905.1.225, note de M. de Loynes, S. 1906.1.489.

(2) Civ., 9 mai 1905, D. P. 1905.1.225, note de M. de Loynes, S. 1906.1.489, note de M. Bernard.

thèques spéciales alors que la valeur totale des immeubles est suffisante à désintéresser tous les créanciers. Si le prix total ne suffisait pas, de nombreux arrêts ont décidé qu'en pareil cas il faudra faire porter le poids de l'hypothèque générale sur l'immeuble grevé de l'hypothèque spéciale inscrite en dernier lieu, afin de respecter les droits du créancier qui a inscrit le premier son hypothèque spéciale (1).

Mais si le créancier à hypothèque générale a un intérêt légitime à s'y opposer il recouvre la plénitude de son choix.

Nous indiquerons les solutions proposées par les projets de réforme.

Il convient d'ajouter que les nouveaux créanciers ont un moyen de se prémunir contre ces dangers d'une hypothèque antérieure grevant tous les biens du débiteur : c'est d'exiger de l'emprunteur une hypothèque portant sur tous ces présents et affectant en outre les biens à venir en raison de l'insuffisance des biens présents (art. 2130). L'hypothèque générale emporte fatalement avec elle l'hypothèque spéciale (2).

83. *Inconvénients de la clandestinité de l'extinction de la créance hypothécaire.* — La loi ne soumet pas à la publicité la libération du débiteur qui a acquitté une créance hypothécaire quoiqu'il y ait pour les tiers un intérêt à savoir que les dettes garanties par une hypothèque sont éteintes. Dans l'ignorance de la libération du débiteur ils peuvent traiter, en effet, avec le créancier de mauvaise foi, qui après avoir reçu son paiement, cède la créance éteinte.

Il faut reconnaître cependant que la nécessité de publier la libération pour pouvoir l'opposer aux tiers serait un grand danger pour le débiteur : la tutelle des tiers serait préjudiciable à ses intérêts. En effet, au cas de cession de la créance éteinte, effectuée avant que le débiteur ait pu inscrire sa libération, ce dernier se trouverait exposé à payer une seconde fois.

(1) Civ., 16 juillet 1821, *D. J. G. Priv. et Hyp.*, 2350, 1°, S. chr.; Req., 5 août 1847, *D. P.* 47.1.304, S. 47.1.830. Cette solution a été critiquée, car si la date des inscriptions détermine le rang c'est seulement quand il s'agit d'hypothèque sur un même immeuble (A. Colin et Capitant, *ib.*). On justifie cette solution par un argument d'analogie et par un argument tiré de l'art. 930 C. civ. (Aubry et Rau, III, § 284, pp. 678-679, texte et note 26 ; Planiol et Ripert (Becqué), XIII, n° 1000).

(2) A. Colin et Capitant, III, n° 1299.

Mais il importe d'observer que la loi belge, tout en veillant aux intérêts du débiteur, n'a pas oublié ceux des tiers. L'art. 6 de la loi hypothécaire donne aux cessionnaires l'action en déclaration de créance contre le débiteur, qui tend à constater que la créance existe ou qu'elle est éteinte de sorte que le cessionnaire, en ajournant le paiement, saura à quoi s'en tenir, et ne sera pas dans le cas de payer le prix d'une créance qui n'existe plus (1).

Cet article est ainsi conçu : Toute personne contre laquelle il existe une inscription hypothécaire, prise pour sûreté d'une créance liquide et certaine, pourra, même avant l'échéance de la dette, être assignée par le cessionnaire du créancier.

Cette action n'appartient qu'au cessionnaire, mais celui-ci peut stipuler qu'il ne paiera le prix que lorsque l'action en déclaration de créance lui aura donné la certitude que la créance existe (2).

84. *Inconvénients des facultés de purge, de délaissement et de discussion.* — On sait que la faculté de purger (3) est un bénéfice légal institué en faveur du tiers détenteur d'un immeuble pour lui permettre d'affranchir ce bien des privilèges et hypothèques qui le grèvent, au moyen de l'offre de l'acquéreur aux créanciers, de leur payer son prix d'acquisition, s'il est acheteur, ou la somme représentant la valeur véritable de l'immeuble s'il est acquéreur à titre gratuit, avec mise en demeure des créanciers d'accepter cette offre ou de requérir la mise aux enchères de l'immeuble en s'engageant eux-mêmes à en payer le prix à un dixième en sus de la somme qui leur est offerte.

Cette institution est justifiée par l'avantage de faciliter la circulation des biens hypothéqués et elle est indispensable dans une législation qui admet des hypothèques occultes, étant le seul moyen de se garantir contre le danger de voir surgir une hypothèque ignorée au jour de l'acquisition de l'immeuble. On sait, en effet que la procédure de purge remonte aux praticiens de l'ancien droit et à us édit de 1771, qui en remédiant aux inconvénients de la pratique

(1) Laurent, XIX, n° 254 et s. ; Rapport de la Commission spéciale belge, Parent, p. 14, 10°.

(2) Martou, *Commentaire de la loi de 1851*, t. I, p. 222, n° 212.

(3) Dalmebert, *Tr. théor. et pr. de la purge, etc.*, 3° éd., 1914 ; Chadel, *De la purge, etc.*, thèse, Paris, 1902 ; Aubry et Rau, III, § 293 bis, p. 828 ; A. Colin et Capitant, II, n° 1328 et s. ; Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 185 et s.

en simplifia la procédure, qui fut conservée par les lois révolutionnaires et par le Code civil dans ses grandes lignes.

A défaut de cette institution l'acquéreur se trouverait dans l'alternative de payer tout le passif héréditaire ou de perdre l'immeuble, de sorte que l'avantage de consolider les droits des créanciers serait compensé par le préjudice causé à la propriété par suite d'une véritable indisponibilité qui frapperait les immeubles.

Il y a lieu de remarquer toutefois que la purge porte atteinte au droit que le créancier tient du contrat en concédant au détenteur le droit de mettre en demeure le créancier d'accepter son remboursement, s'il ne veut surenchérir, sans respecter la date d'exigibilité de la dette. En outre elle met les créanciers dans l'alternative d'accepter immédiatement une somme qu'ils jugent insuffisante ou de faire vendre l'immeuble aux enchères à un moment qui peut être défavorable.

Si ce second inconvénient n'est pas grave, les créanciers ne recourant que très rarement à la surenchère du dixième, nous verrons que la question se pose de supprimer le premier inconvénient de la purge et de respecter le droit du créancier (1).

Par contre, si la loi a accordé la faculté de purge au profit des acquéreurs, elle n'a pas cru devoir accorder le même bénéfice à un créancier qui serait disposé à prêter de l'argent au débiteur, mais désirerait obtenir la première hypothèque sur son immeuble. Par exception la loi a dérogé au droit commun en faveur du Crédit foncier en lui permettant de purger les hypothèques non inscrites, mais simplement dans le but de faire apparaître ces hypothèques, car si elles sont inscrites le Crédit foncier ne pourrait pas les purger. Après avoir été obligatoire pour cette société (Décret-Loi du 28 février 1852), l'emploi de cette purge spéciale n'est plus aujourd'hui que facultatif (L. 10 juin 1853). Dès lors on conçoit qu'on ait pensé qu'il serait peut-être utile d'organiser au profit de tous les prêteurs de fonds une purge leur permettant de se débarrasser, en les remboursant immédiatement, des créances hypothécaires qui les empêchent d'avoir le premier rang.

On sait que le Code civil en ce qui concerne les hypothèques légales dispensées d'inscription et dans le cas seulement où, en fait, elles n'ont pas été inscrites, a maintenu le système que l'édit de 1771 avait institué pour nettoyer l'immeuble à une époque où

(1) V. n^{os} 97, 100, 134, 163, 191, 258.

toutes les hypothèques étaient occultes. C'est une procédure compliquée et coûteuse qui présente une raison de plus pour demander l'abolition des hypothèques légales des mineurs et femmes mariées. En pratique les formalités prescrites n'atteignent pas leur but car les notifications faites par l'acquéreur parviennent d'ordinaire au mari ou au tuteur qui se gardent bien de faire inscrire. Ces hypothèques légales garantissent des droits conditionnels ou indéterminés : d'où un retard dans le règlement définitif de l'ordre.

En outre dans tous les cas où une collaboration actuelle et définitive doit être attribuée à la femme une grosse difficulté se présente, car elle ne peut pas en toucher tout de suite le montant, à moins qu'elle ne soit séparée de corps ou de biens, et d'autre part, on ne peut pas songer à verser purement et simplement la collocation au mari, car ce serait anéantir la garantie dont jouissait la femme. La jurisprudence n'est pas définitivement fixée à ce sujet (1).

C'est ainsi que la loi concède au Crédit foncier non seulement la faculté de purger les hypothèques légales non inscrites par exception à la règle, d'après laquelle seuls les acquéreurs ont le droit de purge, mais elle lui concède aussi d'y procéder d'une façon qui diffère de celle qui est réglée par les art. 2193 à 2195 C. civ. à la fois dans sa forme, qui est plus simple, et dans ses effets, qui sont moins énergiques. Cette purge, ainsi que nous l'avons déjà dit, n'aboutit pas en effet, nécessairement à l'affranchissement de l'immeuble. Elle ne produit cet effet que si aucune inscription n'est prise dans le délai fixé par la loi. Si l'hypothèque est inscrite le Crédit foncier ne peut pas imposer au créancier le remboursement. Elle ne produit qu'un effet limité aux rapports des créanciers et du Crédit foncier (2).

Deux autres bénéfices que la loi accorde au tiers détenteur sont la faculté de délaissement et le bénéfice de discussion qui sont un vestige de l'ancien système des hypothèques occultes et générales. A présent l'acquéreur sait à quoi il s'expose en signant le contrat, tandis que les créanciers, qui sont les véritables ayants droit de l'immeuble et qui cependant n'ont aucun moyen de s'opposer à

(1) A. Colin et Capitant, II, n° 1356.

(2) Cette purge a été étendue aux Sociétés de crédit immobilier et aux Sociétés de crédit agricole.

l'aliénation qu'en veut faire le débiteur, ont grand intérêt à éviter les complications et les frais d'une procédure qui les oblige à faire nommer un curateur à l'immeuble délaissé avant d'en poursuivre l'expropriation.

85 *Renouvellement décennal et péremption des inscriptions.* — L'institution de la péremption décennale jugée utile dans un régime à publicité personnelle, pour faciliter les recherches et pour réaliser d'appréciables économies de frais de radiation, n'a pas échappé aux critiques. Il n'y a lieu ici que de poser le problème, dont nous examinerons après les solutions.

D'abord le délai de dix ans a été jugé trop court, et, d'autre part la péremption décennale ne peut offrir des avantages que si elle s'applique à toutes les inscriptions sans distinctions ; tandis que des lois postérieures au Code civil ont apporté à l'art. 2154 d'importantes exceptions. Dès lors les conservateurs ne peuvent plus se contenter de remonter à dix ans en arrière pour établir d'une manière complète la situation hypothécaire d'un immeuble.

Les inscriptions des hypothèques du Crédit foncier sont dispensées de renouvellement pendant toute la durée du prêt (1). Cette dispense subsiste après l'aliénation de l'immeuble par l'emprunteur (2) ; si un tiers rembourse le crédit foncier et se trouve subrogé dans ses droits et actions la solution est contestée (3). Cette dispense a été étendue aux caisses de Crédit mutuel agricole (4) ; aux Sociétés de Crédit immobilier (5) ; aux inscriptions prises en faveur du crédit hôtelier (6).

Le décret du 18 janvier 1895 (art. 27) a porté à trente ans la durée des inscriptions du privilège de l'Etat pour le recouvrement de ses créances sur les libérés et transportés auxquels il a accordé des concessions de terrains dans la colonie.

(1) Décret-loi du 28 février 1852, art. 47.

(2) Toulouse, 1^{er} mars 1889, D. 90.2.70. S. 90.2.129.

(3) Dans le sens de l'obligation au renouvellement décennal : Trib. civ. Seine, 17 déc. 1910, D. 1911.5.59 ; A. Colin et Capitant, II, n° 1388 ; *Contra* : Toulouse, 1^{er} mars 1889, *précité* ; Trib. Pau, 27 mai 1899, D. 1901.2.153, S. 1900.2.52 ; Aubry et Rau, III, § 280, p. 641, note 10 *bis* ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n° 1759 ; Planiol et Ripert (Becqué), XIII, n° 840.

(4) L. 5 août 1920, art. 34. ; v. aussi Décr. 9 févr. 1921.

(5) L. 19 avril 1921, art. 3 ; Décr. 20 décembre 1921 ; L. 5 déc. 1922, art. 21.

(6) L. du 30 juin 1923, art. 172.

Enfin en temps de guerre des prorogations spéciales ont été prises pour proroger le délai de la péremption (1).

86. *Insuffisance d'application du principe de la subrogation réelle.* — Au cas de perte de la chose il arrive assez souvent qu'elle soit remplacée dans le patrimoine de son propriétaire par une indemnité en argent. Il semble juste de décider, en législation, que les créanciers privilégiés ou hypothécaires, puissent invoquer leurs droits de préférence pour se faire payer sur le montant de cette indemnité à l'exclusion des créanciers chirographaires. La question se pose par rapport aux indemnités de responsabilité payées par l'auteur responsable de la perte de la chose (art. 1382-1383 ; 1733 ; 1792 C. civ.) ; aux indemnités d'assistance sociale, payées par quelqu'un qui agit bénévolement ou par application d'une loi d'assistance sociale (L. 7 avril 1873 ; L. 8 août 1893 ; L. 17 avril 1919) ; aux indemnités d'assurances payées par celui qui a pris contractuellement le risque de la perte à sa charge.

On touche ici à l'importante question de la subrogation réelle, qui se pose aussi en matière de régimes matrimoniaux et en matière de succession ou de donation : les textes du Code ne contiennent cependant que des applications isolées de la subrogation réelle et aucun principe directeur.

Nous nous bornerons par conséquent à indiquer les solutions données dans les cas qui nous intéressent pour en montrer l'insuffisance.

Sous l'empire du Code civil la question était tranchée par la négative, ces indemnités n'étant pas le prix de la chose ; mais des textes postérieurs au Code ont apporté des solutions différentes ; nous allons voir dans quelle mesure.

En ce qui concerne les indemnités de responsabilité la question est résolue par la loi du 19 février 1889, mais dans un domaine très limité. D'après l'art. 3, al. 1^{er}, les indemnités dues en cas de sinistre, par le locataire ou par le voisin, en vertu des articles 1733 et 1382, sont attribuées sans qu'il y ait besoin de délégation expresse aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang.

Mais dans la loi on ne trouve pas le principe de la subrogation réelle à l'immeuble détruit à l'égard des créanciers privilégiés ou

(1) V. Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 843.

hypothécaires, de toute indemnité payée à titre de réparation d'une faute (1). L'article cité laisse en dehors le cas où l'incendie est allumé par une personne autre que le locataire ou le voisin, et le cas où la perte ne provient pas d'un incendie.

Dans l'opinion dominante on considère que l'indemnité de responsabilité n'est nullement en principe subrogée à la chose perdue (2) ; mais certains auteurs estiment qu'il ne s'agit pas, dans ce cas, de subrogation réelle, car les divers ayants droits sur la chose, et par suite non seulement le propriétaire, mais aussi les créanciers hypothécaires ou privilégiés, ont un droit propre à agir et à toucher l'indemnité parce qu'ils sont directement victimes de la faute commise (3).

Pour les indemnités d'assurance sous l'empire du Code civil on décidait négativement, mais l'art. 2 de la loi du 19 février 1889, aujourd'hui abrogé et remplacé par l'art. 37 de la loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance qui en reproduit les termes, attribue ces indemnités aux créanciers privilégiés et hypothécaires et vise tous les risques. Il en est de même de l'indemnité d'assurance de responsabilité due au propriétaire de l'immeuble. L'art. 53 de ladite loi du 13 juillet 1930 édicte cette règle dans tous les cas où il y a assurance de responsabilité, et dans l'art. 37, 3^e al., reproduit la même règle pour l'assurance du risque locatif et l'assurance du recours du voisin, déjà contenue dans l'art. 2, al. 3, L. 19 février 1882.

Toutefois, il y a lieu de remarquer que si le créancier hypothécaire ou privilégié est subrogé de plein droit dans l'action de l'assuré contre l'assureur (4), d'autre part, d'après le dit art. 37, les paiements faits de bonne foi par l'assureur avant toute opposition sont valables. Faute d'opposition de la part des créanciers, l'assureur pourra se libérer à leur préjudice. Il y a là un inconvénient à signaler, car, tout au moins, il eût été utile de fixer un délai pendant lequel le paiement aurait été suspendu, afin de prévenir les règle-

(1) Comme l'a fait l'art. 10 de la loi belge de 1851.

(2) Aubry et Rau, III, § 261, p. 230, note 11 *quater* ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 291 ; Beudant, I, n° 338.

(3) En ce sens, A. Colin et Capitant, I, n° 941 ; Josserand, II, n° 1968 ; Planiol et Ripert (Becqué), XIII, n° 966 ; Picard, III, n° 32 ; Darras et Tarbouriech, *De l'attribution, en cas de sinistres, des indemnités d'assurances*, n°s 40 à 42.

(4) A. Colin et Capitant, II, n° 1402.

ments précipités et de laisser aux créanciers le temps nécessaire pour sauvegarder leurs droits (1).

De plus la loi aurait pu conférer au débiteur le droit de toucher l'indemnité à la condition de l'employer à la reconstitution ou à la restauration de la chose sinistrée (2).

Une question analogue est de savoir si les sommes dues au possesseur d'un immeuble évincé à la suite d'une action en revendication, en nullité, en résolution, etc., soit qu'il eût déjà payé une partie de son prix, soit qu'il eût fait des dépenses d'amélioration et créé une plus-value, soient le gage de tous ses créanciers ou bien doivent être attribuées aux créanciers privilégiés ou hypothécaires dans l'ordre de leurs hypothèques.

Selon le droit actuel le possesseur évincé est censé n'avoir jamais été propriétaire, et d'ailleurs ces sommes n'étant pas un prix susceptible de former l'objet d'un droit de préférence, on décide qu'elles seraient le gage de tous les créanciers même chirographaires.

Mais dans une vue d'équité et dans l'intérêt du crédit du possesseur, le problème se pose de voir s'il ne serait opportun de disposer qu'elles soient attribuées aux créances privilégiés ou hypothécaires (3).

87. *Inconvénients de la prescription des hypothèques.* — On sait que lorsque l'immeuble n'est pas demeuré propriété du constituant de l'hypothèque, faisant abstraction de la prescription de la créance qui éteint l'hypothèque ou le privilège indirectement, le tiers détenteur peut prescrire la libération de l'immeuble par l'effet de l'usucapion.

Cette prescription principale s'accomplit nonobstant la survie du droit de créance et elle tient à la fois de la prescription acquisitive et de la prescription extinctive. Elle est indépendante de la prescription du droit de propriété. Si le tiers détenteur connaît l'existence de l'hypothèque, celle-ci ne s'éteindra qu'au bout de trente ans de possession, s'il détient l'immeuble en vertu d'un juste titre et s'il ignore l'existence de l'hypothèque, celle-ci s'éteindra au bout de dix-à-vingt ans (art. 2180 4° C. civ.). Nous avons déjà dit que le

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 288 ; Guillouard, I, n° 163 ; v. *infra*, n° 217, art. 1951 C. civ. it.

(2) Art. 1951 C. civ. italien.

(3) Massigli, Rapport, fasc. 9, p. 108.

délai ne commence à courir dans ce cas que du jour où le titre de l'acquéreur a été transcrit (1).

La jurisprudence décide que cette prescription ne peut commencer au profit du tiers détenteur qu'à dater de l'échéance de la créance. Cette interprétation de l'art. 2257 donnée par la Jurisprudence et contestée par la Doctrine atténue sensiblement les dangers de cette institution. Mais tous les auteurs s'accordent à reconnaître que si elle avait une grande utilité dans l'ancien droit à cause de la clandestinité des hypothèques, elle n'est plus justifiée aujourd'hui. Le tiers acquéreur d'un immeuble n'a qu'à se renseigner en consultant les registres des inscriptions. Du moment que la consultation de ces registres lui a révélé l'existence d'hypothèques ou de privilèges, c'est, en quelque sorte lui permettre de prescrire contre son titre que d'admettre, à son profit, une *usucapio libertatis* par la possession prolongée (2). Cette prescription est dangereuse pour le créancier, car celui-ci, touchant régulièrement les intérêts de sa créance, ne s'inquiète pas de savoir si l'immeuble a changé de propriétaire, et n'accomplit aucun acte interruptif de la prescription qui court contre lui (3).

88. *Difficultés de libération de l'emprunteur. Le Crédit foncier.* — On sait que l'emprunt sur hypothèque est très onéreux pour le débiteur. Pour lui procurer l'avantage d'une libération facilitée et progressive au moyen de l'amortissement, le décret-loi du 28 février 1852 et la loi du 10 juin 1853, créèrent pour les Sociétés de Crédit foncier un régime de faveur, en leur accordant des facilités spéciales (4).

Le monopole fut accordée au Crédit foncier de Paris pour vingt-cinq ans ; il ne fut pas renouvelé, mais il a subsisté de fait.

Cette Société emprunte au public les capitaux en émettant des lettres de gage ou obligations foncières, produisant un intérêt annuel et remboursables à 500 francs ; puis il prête sous forme de prêts hypothécaires les capitaux ainsi ramassés. Les obligations foncières ne confèrent pas un droit hypothécaire sur un immeuble

(1) V. n° 10.

(2) A. Colin et Capitant, t. II, n° 1413.

(3) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n° 2307.

(4) Josseau, *Traité du Crédit foncier*, 2 vol., 1884 ; Arthur Girault, *Les privilèges du Crédit Foncier*, thèse, Paris, 1889 ; Théry, *La fortune publique de la France*, 1911.

déterminé mais elles bénéficient de l'ensemble des garanties hypothécaires dont dispose la Société ; elles sont négociables en bourse et elles réalisent ainsi la mobilisation du crédit foncier. Les prêts effectués par le Crédit foncier ne doivent l'être que sur première hypothèque et ils doivent excéder la moitié de la valeur de l'immeuble. Ils sont à long terme, remboursables par voie d'amortissement, dans une période de temps qui peut aller jusqu'à 75 ans, et qui peut être aussi beaucoup plus courte, avec ou sans amortissement.

Pour favoriser ces opérations hypothécaires les textes de 1852 et 1853 accordent au Crédit foncier plusieurs prérogatives :

1° droit de prendre inscription avant la signature du prêt et avant le versement des fonds : on distingue le contrat conditionnel de prêt sur lequel on prend l'inscription, et l'acte de remise des fonds qui n'intervient qu'après ;

2° dispense de renouveler les inscriptions hypothécaires qui échappent à la péremption décennale (1) ;

3° institution d'une procédure spéciale de purge préventive des hypothèques légales dispensées d'inscription et non inscrites, dont nous avons déjà parlé (2) ;

4° privilèges destinés à assurer le paiement exact des intérêts :

a) les juges ne peuvent accorder aucun délai de grâce pour ce paiement (Décret 28 février 1852, art. 26) ;

b) le paiement ne peut être arrêté par aucune opposition émanée d'un créancier de la Société ou du débiteur (art. 27) ;

c) en cas de retard dans le paiement des annuités, les intérêts moratoires courent de plein droit à partir de l'échéance (art. 28, 1^{er} al.) ; ce qui constitue une dérogation à l'art. 1153 Cod. civ. ;

d) en cas de retard du débiteur, et quinze jours après une mise en demeure, le Crédit foncier peut, en vertu d'une ordonnance du Président du Tribunal civil de première instance, se mettre en possession des immeubles hypothéqués, aux frais et risques du débiteur, en retard ; pendant la durée de ce séquestre, la société jouit d'un privilège sur le montant des revenus ou récoltes (art. 29 et 30) ;

5° facilités pour la réalisation du gage. Le Crédit foncier a le droit de procéder à l'expropriation dès que son gage se trouve diminué, quelle que soit la cause de cette diminution de valeur. La procédure

(1) V. n° 85.

(2) V. n° 84.

d'expropriation est simplifiée, les délais sont réduits, de sorte que le gage peut être réalisé en deux mois. A cet effet les décrets cités suppriment le procès-verbal de saisie, la dénonciation de ce procès-verbal, la transcription de ces deux actes et la lecture du cahier des charges, rapproche le jour où il peut être procédé à l'adjudication, et déclare en dernier ressort des jugements qui, dans la procédure ordinaire, ne sont rendus qu'à charge d'appel. La saisie se réduit par suite aux actes suivants :

a) le commandement, qui devient le premier acte et une partie intégrante de la procédure ;

b) la transcription de ce commandement qui produit les effets attachés dans la saisie ordinaire à la transcription du procès-verbal (1) ;

c) le dépôt du cahier des charges ;

d) la fixation du jour de l'adjudication ;

e) l'insertion dans les journaux et une première apposition de placards ;

f) la dénonciation de cette apposition au débiteur et aux créanciers inscrits, avec sommation de prendre communication du cahier des charges :

g) une seconde apposition des placards ;

h) les dires et contestations ;

i) l'adjudication (art. 32 à 42).

Le Crédit Foncier n'est pas soumis aux formalités de l'ordre ; il est payé de suite sur le prix de l'immeuble. Les adjudicataires doivent, à titre de provision, verser à sa caisse, dans la huitaine, les annuités dues par le saisi et après le délai de la surenchère verser le surplus du prix d'adjudication nonobstant toute opposition, sauf l'action en répétition des autres créanciers du saisi (art. 88) (1).

Les projets de réforme de la saisie immobilière déposés au nom du Gouvernement, en 1894 et en 1898 par MM. Antonin Dubost et Sarrien, gardes des Sceaux, visaient à généraliser cette procédure spéciale.

(1) Cette réforme est très importante et nous devons y revenir.

(2) La saisie immobilière est soumise à des règles particulières en cas de faillite (art. 571 à 573 Cod. com.).

SECTION VI

**Inconvénients dans l'organisation matérielle
des registres de la publicité**

89. *Généralités.* — Nous avons déjà dit que les registres de la publicité sont mal organisés. Ils sont tenus par noms de personnes de sorte que pour connaître la situation juridique exacte d'un bien, il faut connaître les noms de tous les propriétaires successifs, sans exception. Qu'un seul nom soit omis et on n'aura plus aucune sécurité ; qu'une faute d'orthographe se glisse dans l'écriture d'un nom, qu'une similitude de noms se présente et l'état du conservateur n'indiquera plus toutes les transcriptions ou les hypothèques qui grèvent l'immeuble, ou il indiquera des transferts, des charges, des hypothèques grevant en réalité d'autres immeubles appartenant à des homonymes.

Les risques d'erreurs sont aggravés par le mécanisme assez défectueux de la publicité établie par la forme du répertoire que les conservateurs sont obligés de tenir en vertu de l'art. 18 de la loi du 21 ventôse, an VII. Des précisions sont ici nécessaires, avant de parler de ce répertoire, car il y aura lieu d'examiner par la suite le problème de l'amélioration des formes matérielles de la publicité.

90. *Les registres du conservateur.* — La publicité foncière, en général, est assurée, on le sait par les bureaux de la conservation des hypothèques. Les conservateurs des hypothèques ont été substitués dans chaque baillage par l'Edit de juin 1771, qui a organisé la procédure de la purge. Leur rôle consistait alors à recevoir les oppositions des créanciers auxquels le prix de l'immeuble était offert. La loi de ventôse an VII (11 mars 1799) qui suivit celle de brumaire, organisa les bureaux hypothécaires en décidant (art. 2) qu'il y aura un bureau par chaque arrondissement, lequel est situé dans la commune où a siège le Tribunal civil (ce n'est pas toujours le siège de la sous-préfecture). Cette règle a été partiellement modifiée par un décret du 23 novembre 1900, rendu en exécution de la loi de finances du 30 mai 1899, qui a subdivisé, à dater du 1^{er} janvier 1901, les circonscriptions des bureaux d'hypothèques de la Seine et des principales villes. Un décret du 1^{er} octobre 1926, pour des raisons d'économie a supprimé un certain nombre de bureaux (quatre-vingt-douze).

Pour l'accomplissement des formalités, il y a tout d'abord un registre des remises ou dépôt, sur lequel les conservateurs inscrivent jour par jour et par ordre numérique, les remises qui leur sont faites d'actes de mutation ou de saisie immobilière, pour être transcrits, de bordereaux, pour être inscrits, d'actes, expéditions ou extraits d'actes contenant subrogation ou antériorité et de jugements prononçant la résolution, la nullité ou la rescision d'actes transcrits, pour être mentionnés.

Depuis la loi du 5 janvier 1875, ce registre doit être tenu en double.

A côté de ce registre, il y a trois registres distincts pour l'accomplissement des formalités que doit remplir le conservateur :

1° Le registre des inscriptions des privilèges et des hypothèques, substitué, depuis la loi du 1^{er} mars 1918, modifiant les articles 2148, 2150, 2152, 2153 et 2108 du Code civil, par les bordereaux d'inscriptions hypothécaires reliés en registre (1) ;

2° Le registre des transcriptions des actes de mutation, substitué, depuis la loi du 24 juillet 1921, par les bordereaux de transcriptions d'actes de mutation reliés en registre ;

3° Le registre des transcriptions des saisies immobilières, substitué par la loi du 24 juillet 1921 par les bordereaux de transcriptions de saisies immobilières.

On sait en effet que la loi du 1^{er} mars 1918 pour les inscriptions et la loi du 24 juillet 1921 pour les transcriptions ont simplifié et abrégé la formalité de la publicité. Avant ces lois, le conservateur assurait par lui-même et par les commis placés sous ses ordres, la tenue des registres publics, par un double moyen : la transcription pour les actes translatifs et les saisies immobilières, l'inscription pour les privilèges et hypothèques, les mentions des actions en révocation des donations pour cause d'ingratitude (art. 958 C. civ.) et des jugements prononçant la nullité, la résolution ou la rescision d'un acte transcrit.

La transcription consistait dans la reproduction ou copie textuelle de l'acte sur le registre du conservateur. L'inscription était plus expéditive, consistant dans la copie sur les registres d'un simple extrait analytique déposé par le requérant, indiquant les clauses substantielles du contrat hypothécaire, telles que la nature et la

(1) V. aussi L. 31 mai 1918 et 21 févr. 1926.

situation de l'immeuble grevé, le créancier, le débiteur, le montant de la dette, l'époque de son exigibilité.

Ce travail de copie était une perte de temps et une cause d'erreurs. La loi du 1^{er} mars est venue remplacer cette copie des bordereaux ou extraits analytiques des inscriptions par la réunion des bordereaux en registres. A cet effet, le conservateur conserve en liasse, dans l'ordre des inscriptions au registre des dépôts, un exemplaire des deux bordereaux remis par les parties, qui doit être obligatoirement rédigé sur une feuille spéciale fournie par l'administration (décrets 29 mars 1918 et 21 mars 1921).

Quant aux transcriptions suivant la loi du 24 juillet 1921, le requérant dépose deux expéditions ou deux extraits littéraux de l'acte authentique ou du jugement à transcrire, ou deux originaux de l'acte sous seing privé, qui doivent être absolument conformes. L'un d'eux est rendu au déposant revêtu de la mention de transcription et l'autre, écrit sur le papier fourni par l'administration, est conservé au bureau et relié en volumes, qui forment aujourd'hui les registres des transcriptions.

Il y a lieu d'observer que ce système de publicité des actes *in extenso*, se prête à beaucoup de critiques. Nous examinerons à sa place la question de la substitution de la publicité par extrait analytique comme pour les hypothèques. Il suffit ici d'avoir posé le problème.

91. *Le répertoire.* — En dehors de ces registres de formalités, la loi de ventôse prescrit au conservateur de tenir un registre, qu'on appelle le répertoire alphabétique (art. 18) dont nous avons à parler plus amplement. Les recherches sur ce répertoire ont lieu à l'aide d'autres registres qui ne sont pas prévus par le texte, mais qui sont nécessaires pour compléter le répertoire et pour assurer le fonctionnement intérieur du bureau : la table alphabétique des noms, le registre indicateur des noms patronimiques.

Le répertoire contient sur la même ligne que chaque transcription qui y est relevée, la désignation sommaire de l'immeuble vendu, échangé ou grevé de servitude. Cette mention permet, lorsqu'un état de transcription sur un immeuble déterminé est requis, de ne pas se reporter à toutes les transcriptions portées au compte de la personne du chef de laquelle l'état est requis.

En ce qui concerne les inscriptions d'hypothèques ou de privilèges, le répertoire renferme seulement l'indication du volume et du

numéro de l'inscription, de la date et du montant de celle-ci, sans aucune mention relative aux immeubles grevés. L'inconvénient de cette méthode est que, pour délivrer un état sur un immeuble déterminé, du chef du propriétaire actuel et d'un ou plusieurs précédents propriétaires, il faut se reporter à toutes les inscriptions relevées au compte de chacun d'eux et que le répertoire n'indique pas comme radiées.

Pour faciliter ces recherches, qui dans les bureaux chargés comme ceux de Paris, paralyseraient le service, on a créé deux documents d'ordre intérieur sans aucun caractère officiel :

1° Une fiche individuelle établie au nom de chaque personne dont le compte au répertoire renferme un nombre assez élevé d'inscriptions et contenant l'indication des inscriptions ou saisies avec la mention des immeubles grevés. Lorsqu'un état d'inscription est requis sur un immeuble déterminé, cette fiche permet de limiter la recherche aux inscriptions indiquées comme grevant l'immeuble désigné, sans avoir à se reporter aux autres indications portées au compte ouvert au répertoire ;

2° Une analyse ou dépouillement des actes transcrits, contenant un véritable résumé de tout acte soumis à la transcription avec indications suffisantes pour permettre de connaître assez rapidement et sans avoir à procéder à l'examen d'un trop grand nombre de registres de formalités, la situation hypothécaire d'un immeuble déterminé du chef du vendeur et des précédents propriétaires en vue de la confection de l'état sur transcription. Mais ces documents ne sont cependant qu'un palliatif insuffisant. Ils ne sont pas tenus avec le même soin dans toutes les conservations ; le conservateur en fonction hésite souvent à se servir du travail établi par son prédécesseur, qui peut contenir des erreurs, dont il supportera la responsabilité. Même là où ils rendent de réels services, ils n'atténuent qu'imparfaitement les inconvénients du système actuel de publicité ; les chances d'erreurs restent nombreuses, et pour les éviter, les conservateurs doivent se livrer à des recherches souvent longues et délicates qui entravent la délivrance rapide des états et certificats (1).

(1) Nous nous sommes servis des mots contenus dans le Rapport de M. Morel sur le projet tendant à la réforme du régime foncier préparé par la Société d'Etudes législatives, *Bull. de la Soc. d'Etudes législ.*, 1928, pp. 224-225.

Mais il y a lieu de signaler un inconvénient encore plus grave. En effet cette publicité est en outre peu accessible aux tiers.

Si en principe les registres sont ouverts au public, il ne faut pas croire que toute personne ait le droit de les consulter elle-même. Le conservateur ne doit ni en permettre la lecture, ni en donner connaissance verbalement ou par simples notes. La publicité des registres n'est assurée que par la délivrance d'états, c'est-à-dire d'extraits, opérés par le conservateur sur réquisition des intéressés (art. 2096 C. civ. ; L. 23 mars 1855, art. 5), des actes transcrits ou des inscriptions existantes, et cette copie doit être littérale et entière. Puisque les actes translatifs sont transcrits en entier, il s'ensuit que les états délivrés forment presque toujours des liasses volumineuses qui font l'effet de grimoires.

Le répertoire n'est qu'un instrument d'ordre intérieur, un aide-mémoire, dont ni le public, ni les notaires ne peuvent se servir pour y chercher une vue d'ensemble. Aucun instrument de publicité n'est offert, de ce point de vue, au public.

Pour suppléer à la lenteur du renseignement officiel une pratique illégale, dénommée « renseignement préalable », s'est formée pour les cas requérant quelque célérité ; il s'agit de renseignements succincts et bien incertains parfois, que les commis fournissent promptement aux notaires (1).

(1) V. discours de M. Roger à l'Assemblée de la Société d'Etudes législatives, *Bull.*, 1929, p. 159.

CHAPITRE II

Le mouvement réformateur avant la Loi du 23 mars 1855

92. *Historique de la publicité foncière. La clandestinité dans l'ancien droit.* — Pour bien comprendre le mouvement d'études et de critiques qui précéda la Loi du 23 mars 1855, sera utile un bref résumé de l'histoire de la publicité foncière (1).

Quelques mots suffiront cependant, car la nature de cet ouvrage ne comporte pas de longues digressions.

On sait que dans le système romain le principe était que la propriété se déplaçait en dehors de toute publicité, même à l'égard des tiers. Si dans l'ancien droit le transfert de la propriété avait un certain caractère de notoriété soit par les formes solennelles de la *mancipatio* ou de l'*in iure cessio*, soit par le fait du changement de mains résultant de la tradition, cette publicité indirecte disparut lorsque la tradition réelle, mode unique à la fin de transmission, fut remplacée par des procédés qui permettaient de la réduire à une opération purement fictive (2).

(1) Planiol, *Traité élémentaire*, I, n^{os} 2604 et s. ; Aubry et Rau, II, § 207, pp. 419 et s. ; Laurent, XXIX, n^{os} 13 et s. ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, Introduction, II, n^{os} 1427 et s. ; Planiol et Ripert, I (Picard), n^{os} 627 et s., XII (Becqué), n^{os} 694 et s. ; A. Colin et Capitant, I, n^{os} 915 et s., II, n^{os} 1182 et s. ; Jossierand, I, n^{os} 1702 et s., II, n^{os} 1779 et s. ; E. Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*.

(2) Tradition de brève main, constitut passessoire, tradition de longue main, remise des titres de propriété, souscription de l'acte de donation par le donateur sous Justinien (V. Cuq., *Manuel*, p. 269).

Dans l'ancien droit français (1), antérieurement à la renaissance du droit romain, les principes mêmes qui étaient à la base de la hiérarchie foncière de la propriété, imposant certaines formalités symboliques, donnaient aux aliénations immobilières une certaine publicité (investiture, ensaisissement). Mais sous l'influence du droit romain, le système de la dessaisine saisine ou de la tradition feinte amena une clandestinité absolue des mutations immobilières (2).

De même le système hypothécaire romain (3), malgré les timides essais de réforme de la législation impériale, resta jusqu'à la fin, étranger aux besoins du crédit : d'abord il était clandestin, et, en cas de pluralité d'hypothèques, il conférait le droit de faire vendre l'immeuble au premier créancier hypothécaire seulement.

Dans l'ancien droit français (4), l'hypothèque conserva son caractère occulte avec la circonstance aggravante de l'énorme extension donnée à l'hypothèque générale sur les immeubles présents et à venir du débiteur que l'on finit par rattacher à toute obligation reçue par acte authentique et à tout jugement de condamnation. En ce qui concerne les actes notariés, les anciens auteurs disaient que cette règle venait de l'usage d'introduire dans ces actes une clause d'obligation de tous les biens, laquelle finit pour y être sous-entendue (5) ou bien qu'elle découlait du caractère exécutoire de l'acte authentique (6). Quant aux jugements de condamnation, la règle édictée par l'Ordonnance des Moulins de 1566, art. 53, était expliquée par les anciens auteurs en rapprochant le jugement, qui est un quasi-contrat entre plaideurs, de l'acte notarié. Mais elle est aussi la conséquence du privilège qui appartenait au premier saisissant sur l'immeuble, privilège qui se fondit dans l'hypothèque

(1) Viollot, *Histoire du droit civil français*, 3^e édition, pp. 653 et s. ; Brissaud, *Manuel*, pp. 339 et s. ; Olivier Martin, *Histoire de la coutume de Paris*, t. II, pp. 1 à 44.

(2) Pothier, *Vente*, n^o 313 ; Pothier, *Propriétés*, n^{os} 193 et s. et 245 et s. ; Argon, 10^e éd., II, pp. 238, 243.

(3) Girard, *Manuel*, 8^e éd., par Sem, pp. 814 et s. ; Cuq, *Manuel*, pp. 661 et s. ; Accarias, *Précis de droit romain*, I, n^o 287.

(4) Viollot, *op. cit.*, pp. 784 et s. ; Brissaud, *op. cit.*, pp. 561 et s. ; Esmein, *Les contrats dans le très ancien droit français*, 2^e éd., par Genestal ; Poussard, *Origines et transformations de l'hypothèque dans l'ancien droit français*, thèse, Lille, 1908.

(5) Loyseau, *Traité du déguerpissement*, III, 1 à 5.

(6) Pothier, *Traité des hypouhèques*, n^o 10, éd. Bugnet, t. IX, p. 425.

judiciaire (1). Ainsi Loyseau écrivait dans son traité du dégagement : « Nous voyons avenir tous les jours du trouble aux acquéreurs, à cause des hypothèques précédentes dont il se voit infinité de bonnes maisons ruinées non par mauvais ensuage, mais pour n'avoir pas assez sûrement achepté... » (2).

93. *La publicité dans les pays de nantissement et le système de l'appropriance par bannies.* — Cependant deux provinces possédaient déjà dans l'ancien droit un régime de publicité pour le transfert de la propriété et aussi pour les hypothèques. Dans le ressort de certaines coutumes, dites coutumes de nantissement, à savoir celles des pays belges et français du Nord, l'acte translatif était sujet à inscription sur un registre public, tenu au greffe de la justice compétente ; en dehors de cette formalité qui suppléait à celles de *devest* et *vest*, primitivement instituées par les seigneurs pour percevoir plus facilement les droits féodaux, la propriété n'était pas déplacée, non seulement au regard des tiers mais pas même inter-partes. De même toute constitution d'hypothèque devait être mentionnée sur ledit registre et comme on y faisait la description de l'immeuble vendu ou hypothéqué, il en résultait que le vendeur demeurait propriétaire et l'acheteur n'était que créancier de la transmission qui restait à opérer ; de plus l'hypothèque générale était impossible et la spécialité des sûretés réelles en résultait garantie aussi bien que la publicité.

Un système analogue était pratiqué dans certaines régions de la Bretagne, celui de l'appropriance par bannies, caractérisé par un procédé de publicité orale consistant en annonces faites le dimanche en public. Un édit d'août 1626 créa des greffes spéciaux pour l'enregistrement de ces appropriances, ou mises en possessions consécutives aux bannies et des constitutions d'hypothèques (3).

Ces coutumes ne présentent toutefois aucune mesure de publicité touchant les partages ou les actes déclaratifs en général, à l'exception de la coutume de Valenciennes qui portait que « les partages et divisions de biens entre cohéritiers, pour engendrer réalité, devront être reconnus par devant deux gens de la loi, dont les-dits biens seront mouvants » (4).

(1) A. Colin et Capitant, t. II, n° 1184.

(2) Liv. III, Chap. I, n° 19.

(3) Brissaud, *Manuel*, pp. 323 et s. ; Girard et Joly, *Trois livres des Offices de France*, I, *Additions*, p. CCXI.

(4) Art. 150. V. Besson, *op. cit.*, p. 59.

De même les mutations par décès échappaient à toute publicité, selon la très grande majorité des coutumes : les seules coutumes de Valenciennes et de Mons soumettaient au nantissement les successions collatérales (1). Celle de Douai organisait pour le testament une manière de « réalisation » plus proche de notre enregistrement et de l'envoi en possession par justice que d'une véritable publicité (2).

94. *Tentatives de publicité dans l'ancien droit.* — Plusieurs tentatives avaient été faites quant aux autres régions de la France pour établir la publicité, tout au moins pour les hypothèques, mais sans aucun effet (3). La seule sérieuse fut l'Edit de mars 1673, dû à Colbert (4) qui créait dans chaque présidial et dans les principaux bailliages un greffe où les créanciers devaient se faire connaître par des oppositions. Mais cet édit rencontra des résistances invincibles soit de la part des grandes familles de la noblesse fortement endettées et tenant à cacher leur situation, soit de la part des notaires auxquels la clandestinité profitait, en rendant leur ministère indispensable pour chaque opération relative à la propriété foncière. Il fut par suite rapporté dès le mois d'avril 1764 (5).

Les hypothèques restèrent occultes, comme les autres droits réels, sauf dans les pays de nantissement et d'appropriances par bannies, qui restèrent fort attachés à leur régime particulier. Lorsqu'un édit prétendit l'abolir, en 1711, le Parlement des Flandres en refusa l'enregistrement, en alléguant qu'il représentait le chef-d'œuvre de la sagesse et qu'il donnait la sûreté aux propriétés.

95. *Insinuations des donations.* — Il y a lieu, cependant, de remarquer que déjà sous l'ancien droit on rencontre une publicité organisée par rapport à une variété d'actes translatifs de droits

(1) *Cout. de Valenciennes*, art. 147. V. Besson, p. 59.

(2) V. Besson, p. 59 ; Chaîne, *La Transcription dans le projet de loi voté au Sénat*, le 3 déc. 1908, thèse, Lyon, p. 137.

(3) Edits de 1553, 1581, 1606, inspirés de considérations purement fiscales ; Ordonnance du 27 mai 1424, rendue par la prévôté et vicomté de Paris, par le Roi d'Angleterre Henri IV.

(4) Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. XIX, p. 73.

(5) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n^{os} 1427 et s. ; A. Colin et Capitant, t. I, n^o 915. t. II, n^o 1185. — D'Aguesseau, à propos d'un projet d'établissement de conservateurs d'hypothèques, à son époque, 1703, écrivait : « On a toujours cru qu'il était contraire au bien et à l'avantage des familles de trop faire connaître l'état et la situation de fortune des particuliers ». (*Œuvres*, t. XIII, p. 621).

réels, donations entre vifs, mobilières ou immobilières, qui a son origine dans l'insinuation romaine.

A Rome cette institution ne répondait cependant à aucune préoccupation de publicité et elle était requise, même entre les parties et à peine de nullité de la donation dont elle était destinée à assurer la preuve. Dans l'ancien droit français, cette institution fut maintenue dans un esprit d'hostilité aux donations. Il nous est impossible de tracer ici l'historique de cette institution, mais il importe de remarquer que vers la fin du xvi^e siècle l'insinuation, qui jusque-là était restée coutumière et doctrinale, fut prise en charge par la royauté et les ordonnances la réglementèrent en étendant leurs règles aussi bien aux pays de droit écrit qu'aux pays de droit coutumier. On sait que la première ordonnance à laquelle il faille se reporter c'est celle de 1539, de Villers-Cotterets (art. 132), dont la disposition sur l'insinuation fut reproduite dans l'ordonnance de Moulins de 1566 (art. 58), puis dans la grande ordonnance dite des Donations de 1731 (art. 20 et 27).

Il est intéressant d'observer que tandis que l'ordonnance de 1537 déclarait encore, sous l'influence romaine, la donation nulle et de nul effet si l'insinuation n'avait pas eu lieu, d'après l'ordonnance de 1731 la donation est valable, sans insinuation, entre les parties, mais inopposable à tous ceux pour qui l'insinuation a été créée, c'est-à-dire, suivant l'expression moderne, à tous les tiers qui ont intérêt à opposer la nullité de la donation.

L'ordonnance de 1731 fixa définitivement la doctrine des effets de l'insinuation en mettant fin à une controverse qui avait duré près de deux siècles (1). Le système du Code civil, en ce qui concerne la transcription des donations d'immeubles, contenu dans l'art. 941, est en effet emprunté, à peu de chose près, à la formule finale de l'art. 27 de cette ordonnance. La donation transcrite n'est pas nulle, mais seulement non opposable aux tiers ; et on sait que en tant que tiers peuvent invoquer le défaut de transcription non seulement ceux qui ont acquis un droit sur l'immeuble et l'ont rendu public, mais « toutes personnes ayant intérêt », donc aussi les créanciers chirographaires du donateur et les légataires particuliers (2).

(1) On peut suivre les progrès de l'affinement de la doctrine dans les différents arrêts signalés par M. Regnault, entre 1539 et 1731 : *Les ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau* (*Bibliothèque d'histoire de droit*, 1929, pp. 630 et s.).

(2) V. n° 7.

Quoique la Jurisprudence (1) et la Doctrine (2) estiment que les héritiers ou légataires universels ne puissent pas être compris parmi ces tiers, on l'a cependant contesté et on a pu soutenir qu'ils doivent rentrer dans l'expression « toutes personnes ayant intérêt » justement parce que cette expression est empruntée à la formule de l'art. 29 de l'ordonnance de 1731 qui leur a accordé en termes formels le droit d'opposer le défaut d'insinuation (3).

L'ordonnance de 1731 fixait toutefois un certain délai pour l'accomplissement de l'insinuation, quatre ou six mois, suivant que les personnes intéressées étaient ou non domiciliées dans le royaume et l'insinuation rétroagissait : ce n'est que dans le cas où l'insinuation avait été faite passé le délai légal, que le jour de l'opposabilité de la donation coïncidait avec celui de l'accomplissement de la formalité.

La royauté tenta bien, à maintes reprises, d'étendre le domaine de l'insinuation aux actes à titre onéreux, — édits de 1553, de 1703 — mais ses efforts se brisèrent contre l'opposition de la noblesse et la résistance des Parlements.

(1) Req., 1^{er} août 1878, D. 79.1.167, S. 79.1.383 ; Civ., 1^{er} juin 1897, D. 98.1.58, S. 97.1.399.

(2) Aubry et Rau, XI, § 704, p. 320, note 27 ; Planiol et Ripert, III (Picard), n° 660 ; Colin et Capitant, I, n° 935 ; Baudry-Lacantinerie et M. Colin, I, n°s 1364, 1409.

(3) ART. 29 : « Le défaut d'insinuation pourra être opposé tant par les tiers acquéreurs et créanciers du donateur que par ses héritiers, donataires postérieurs ou légataires, et généralement par tous ceux qui y auront intérêt, autres néanmoins que le donateur. »

Les auteurs, en général, qui repoussent le système de l'ordonnance de 1731 observent que l'insinuation de l'ancien droit différait essentiellement de la transcription en ce qu'elle était une condition de validité de la donation elle-même, alors que la transcription du Code civil, empruntée, comme nous le verrons, à la loi de Brumaire an VII, ne constitue qu'une mesure de publicité (Aubry et Rau, XI, § 704, p. 320, note 27 ; A. Colin et Capitant, I, n° 935, p. 1005 ; Planiol et Ripert, III (Picard), n° 660) ; mais cette affirmation ne nous semble pas exacte pour ce qui est de l'insinuation de la dernière époque (v. texte). MM. Baudry-Lacantinerie et M. Colin justifient cette solution en remarquant que les règles de la transcription doivent être tirées de la loi de Brumaire an VII et non des règles sur l'insinuation, répudiée par cette même loi (I, n°s 1364, 1409) ; MM. Planiol (*Revue critique*, 1890, pp. 169-172) et Hue (*Code civil*, pp. 274 et 278) soutiennent l'interprétation conforme à l'ordonnance de 1731. D'après ces auteurs on ne devrait pas voir dans le Code civil la conservation partielle de la loi de Brumaire an VII, mais l'ancienne insinuation transformée et opérant sous un nouveau nom.

96. *Le droit intermédiaire. Loi du 9 messidor an III. Publicité des hypothèques. Déclarations foncières. Cédules hypothécaires.* — L'institution de la transcription fut l'œuvre de la Révolution.

La Révolution avait d'abord laissé subsister la législation spéciale des pays de nantissement ou d'appropriance, tout en substituant « la transcription » à l'ancienne solennité du nantissement (1), ainsi que l'insinuation des ordonnances royales, supprimée, cependant, comme institution fiscale (2).

Le principe de la publicité des mutations d'immeubles et des hypothèques ne reçut une première réalisation que dans les deux lois décrétées par la Convention Nationale, le 9 messidor an III (27 juin 1795) connues sous le nom de Code de Messidor, et relatives, la première, à l'organisation hypothécaire, la seconde, à la forme des déclarations foncières (3). Ces deux lois ne constituent pas seulement un code hypothécaire, mais elles règlent aussi la publicité des transferts immobiliers.

Certains auteurs estiment que le fondement de la législation de Messidor consiste dans l'introduction de la déclaration foncière, c'est-à-dire, dans l'obligation imposée aux propriétaires fonciers de faire, au bureau de la Conservation des hypothèques, une déclaration détaillée de leurs immeubles, avant de pouvoir les aliéner ou les affecter d'hypothèques ; cette déclaration doit être attestée devant notaire sous peine de nullité et elle est une condition de la validité du contrat (art. 99). Elle jouerait un rôle équivalent à celui de l'immatriculation des systèmes germaniques, de sorte que la publicité organisée par le Décret de Messidor serait une publicité réelle au sens le plus large du mot (4).

Mais d'autres auteurs font remarquer que les articles 25 et 26 de la loi hypothécaire de Messidor sont contraires à cette théorie, en autorisant le créancier à faire inscrire son titre partout où il le juge convenable, même dans les arrondissements où son débiteur n'a

(1) Décret du 19 septembre 1790, art. 3 et 4.

(2) Loi du 5-19 décembre 1790.

(3) *Bulletin des lois*, 1^{re} série, n^{os} 164, 963 ; V. Sagnac, *La législation civile de la Rév. fr.*, Paris, 1898, pp. 204 et s. : Cazenavette, *Le régime foncier et hypothécaire établi par les lois des 9 Messidor an III et 11 Brumaire an VII*, thèse, Toulouse, 1898 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, Introduction, II, n^o 1432.

(4) Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, p. 87 ; Guillouard, I, 36 ; Guillouard, *La révision du régime hypothécaire*, extrait du *Livre du Centenaire du Code civil*, p. 7.

aucune propriété immobilière (sauf à celui-ci à faire réduire l'inscription, si elle affecte un gage hors de proportion avec la créance inscrite) et en décidant que l'hypothèque frappe, de plein droit, les biens présents et à venir de l'obligé, dans l'arrondissement du bureau où l'inscription a été faite (1).

Appuyée sur la déclaration foncière, la publicité est réalisée au moyen d'une inscription analytique en ce qui concerne les hypothèques, et par le dépôt du contrat au bureau de la conservation en matière de transfert de propriété. Il importe de bien remarquer que par rapport aux tiers acquéreurs, cette publicité n'avait toutefois pour but ni de convalider la propriété, ni même d'assurer la priorité à l'encontre de l'acheteur, premier en date, qui s'est abstenu de transcrire ; elle n'avait autre vertu que d'arrêter le cours des inscriptions hypothécaires du chef de l'aliénateur. Au contraire, relativement aux tiers titulaires d'hypothèques, le propriétaire désigné comme tel par la déclaration foncière déposée à la conservation, était, en tout cas, le véritable propriétaire.

Il s'ensuit que dans ce régime, la propriété n'est pas consolidée entre les mains du possesseur actuel et des acquéreurs, mais elle est au contraire garantie contre tout anéantissement pour les prêteurs sur hypothèques qui ont contracté avec le propriétaire apparent. Aux termes des articles 92 à 96, aucune demande en éviction ne peut être admise à l'audience avant d'avoir été inscrite au bureau de la conservation et la révocation prononcée ne saurait porter atteinte aux droits hypothécaires constitués antérieurement à cette inscription, sauf le recours du propriétaire contre celui qui les avait consentis (art. 95).

Il y a lieu de signaler, dans cette disposition, la première manifestation, dans une loi française, du principe de la force probante des registres, consacré également en matière hypothécaire par l'art. 140 du Code civil général prussien de 1794 (2).

La Loi de Messidor pose le principe de la publicité de toutes hypothèques, sans distinction : elle supprime, par suite, l'hypothèque tacite de l'ancien droit et elle ne reconnaît que l'hypothèque

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, Introduction ; Challamel, *Etudes sur les cédules hypothécaires, etc.*, p. 24 ; Rondel, *De la mobilisation du sol*, p. 128. On ajoute que la loi de Messidor ignore la règle de la spécialité hypothécaire. M. Besson, du reste, ne cache pas ces défauts signalés par ces auteurs.

(2) Besson, p. 92 ; de Loynes, *Le Code civil et le crédit*, p. 5.

volontaire ou contractuelle et l'hypothèque forcée qui résulte des jugements. Elle rejette complètement le système des hypothèques légales, instituées au profit de la femme mariée sur les biens du mari, du mineur, de l'interdit sur ceux du tuteur.

Toutefois, l'hypothèque volontaire du Code de Messidor, n'est pas l'hypothèque conventionnelle du Code civil : l'hypothèque existe de plein droit, sans le recours d'aucune stipulation, par la seule force du titre obligatoire, mais elle ne devient efficace que par la publicité de l'inscription sur les registres du conservateur.

Il y a lieu d'observer que les effets de la publicité sont paralysés par la règle que l'inscription, prise dans le mois de l'acte d'obligation ou du jugement, rétroagit à la date du titre hypothécaire (art. 23) (1).

Mais, ce qui est plus grave, cette loi ne proclame pas le principe de la spécialité du gage hypothécaire : tout en prohibant l'hypothèque pour une somme indéterminée (art. 61) (2), elle porte que l'hypothèque frappe, comme nous l'avons déjà dit, les biens présents et à venir de l'obligé, dans l'arrondissement du bureau où l'inscription a été faite (art. 26) comme ceux des héritiers (art. 27) (3), mais non ceux des héritiers bénéficiaires, sauf la faculté de faire réduire l'inscription si elle affecte un gage hors de proportion avec la créance.

Une disposition particulièrement intéressante de la Loi du 9 messidor an III, est celle sur l'institution de l'hypothèque sur soi-même ou cédule foncière (4), présentant de grandes analogies avec le bon foncier, Grundschrift, organisé en Prusse par la Loi du 5 mai 1872. Tout propriétaire est autorisé à prendre inscription sur son propre bien jusqu'à concurrence de trois quarts de sa valeur capitale. A cet effet, le propriétaire doit déposer, dans les formes

(1) Une règle analogue se trouvait dans l'édit de 1673.

(2) Tandis que l'ancien droit décidait que tous les intérêts à échoir étaient garantis par l'hypothèque, au même rang que le principal de la créance, la loi de Messidor an III, décide que l'inscription garantit une année d'intérêt et le terme courant.

(3) Pour ces biens une nouvelle inscription devra être requise.

(4) Challamel, *De la cession des créances hypothécaires en Droit français*, thèse, Paris, 1878 ; du même, Rapport à la sous-commission juridique, Procès-verbaux de la Commission extra-parlementaire du Cadastre, fasc. 7, pp. 108-109 ; Rondel, *La mobilisation du sol*, thèse, 1888 ; Besson, pp. 90 et s. ; V. dans les *Codes Tripiet*, édition Monnier, sous l'art. 2124 du Code civil, un modèle de la cédule hypothécaire.

prescrites, la déclaration foncière de ses biens et en justifier au conservateur des hypothèques qui lui en délivre une ou plusieurs cédules, transmissibles par endossement et valables pour un temps déterminé, ne pouvant excéder dix ans. Le conservateur est garant de la valeur capitale annoncée par la cédule (art. 36, n° 1). Le porteur d'une cédule est garanti contre les suites des actions en éviction, ainsi que nous l'avons déjà dit, et quant à la valeur du gage par la responsabilité personnelle du conservateur. Ainsi la loi autorise ce dernier à provoquer une expertise s'il a des doutes sur l'exactitude de l'évaluation (art. 48 et s.). Tandis que l'hypothèque ne peut exister indépendamment de la créance personnelle dont elle est l'accessoire, l'hypothèque sur soi-même a une existence propre, dégagée de tout droit personnel et elle mobilise non seulement les titres du crédit immobilier, mais la fraction du sol dont elle représente la valeur.

D'après une opinion longtemps accréditée (1), ce décret n'aurait jamais été appliqué ; mais des recherches conduites par M. Georges Rondel (2) et par M. Flour de Saint-Genis (3), ont prouvé qu'il a été exécuté pendant plusieurs années (4). Mais il est vrai que l'institution de l'hypothèque sur soi-même ne s'est pas acclimatée en France, soit à cause des formalités compliquées et coûteuses dont nous avons parlé, soit à cause d'une crainte exagérée des dangers de la mobilisation du sol pour la conservation des biens dans les familles, dont on trouve l'expression dans le rapport du tribun Grenier au Tribunal sur le titre des privilèges et des hypothèques du Code civil : « On vit avec effroi une sorte de mobilisation du territoire de la République, qui, pour quelques avantages particuliers qu'elle allait produire, offrait les plus funestes moyens à la dissipation et menaçait les fortunes d'un ébranlement général » (5).

(1) V. Besson, *op. cit.*, p. 92 ; Falcimaigne, *De la publicité des hypothèques*, p. 455 ; Challamel, *De la Cession des créances hypothécaires*, p. 72 ; Req., 26 janvier 1807, S. 07.1.207.

(2) *La mobilisation du sol en France*, Paris, 1888.

(3) Extraits des *Annales de l'enregistrement*, 3^e série, année 1893.

(4) V. aussi Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, Introduction ; Challamel, Rapport cité, fasc. 7, p. 109 ; Cherest, *La mobilisation du crédit hypothécaire au moyen de titres négociables*, thèse, Paris, 1913 ; Gendrau, *La mobilisation du crédit foncier*, thèse, Poitiers, 1923 ; Avril, *Les obligations hypothécaires à ordre ou au porteur*, thèse, Paris, 1929.

(5) A. Colin et Capitant, t. I, n° 1186 ; Planiol et Ripert, XIII (Becqué), n° 1450.

Ce fut cette loi qui établit la nécessité du renouvellement décennal des inscriptions (art. 85). Elle conserva l'institution de la purge établie par l'édit de 1771 (1).

97. *La Loi du 11 brumaire an VII. La Transcription.* — La Loi du 9 messidor an III fut remplacée par celle du 11 brumaire an VII (1^{er} novembre 1798) qui institua, incidemment, la transcription. Dans le but d'organiser le régime hypothécaire, en lui donnant pour base la publicité, on décida que tout propriétaire d'immeuble serait réputé en avoir conservé la propriété, alors même qu'il l'aurait précédemment aliéné, tant que l'acte d'aliénation n'aurait pas été transcrit.

Le rapporteur de cette loi, Crasson de l'Hérault, en s'inspirant aux coutumes de nantissement et plus particulièrement au décret de la Constituante des 19-29 septembre 1790, qui avait substitué à l'ancienne publicité des œuvres de la loi, la procédure de la transcription, proposa le principe de la nécessité de la transcription pour opérer le dessaisissement de l'ancien possesseur au regard des tiers. « Les actes translatifs, porte l'art. 26, doivent être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés ; jusque-là ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente loi ».

Quoique inspirée au système des pays des coutumes de nantissement, la transcription, telle qu'elle ressort de cette loi, emprunte son caractère au système de l'insinuation : la transcription n'est qu'un procédé de publicité, elle ne joue aucun rôle dans la formation du contrat de transfert entre les parties et elle est uniquement destinée à rendre opposable aux tiers le fait de la transmission.

Mais en même temps le système de cette loi marque une différence considérable avec l'insinuation des ordonnances royales, car les tiers qui peuvent se prévaloir du défaut de la publicité ne sont plus ceux visés par l'ordonnance de 1731, mais désormais ceux qui ont acquis un droit réel sur l'immeuble, du chef de l'aliénateur, et par contrat.

La transcription n'est plus rétroactive comme l'insinuation et la loi de Brumaire laisse substituer l'insinuation pour les donations entre vifs en se contentant de prescrire, en outre, la transcription pour les donations d'immeubles.

(1) V. n° 84

Cette loi a un champ plus étendu que la publicité du décret de Messidor ; elle ne place plus au premier plan les intérêts des titulaires d'hypothèques, mais elle se préoccupe avant tout de garantir, par la transcription des titres de transfert, la sécurité des acquéreurs, d'où découle celle des créanciers hypothécaires. Mais après ce que nous avons dit du régime actuel, il est superflu de faire remarquer que cette publicité n'a aucune force probante : elle avertit les tiers de l'existence du titre translatif, elle assure à ce titre un rang de priorité, mais elle n'en garantit pas la validité, tandis que dans le système de messidor, aucune demande en éviction ne pouvait porter atteinte aux droits hypothécaires constitués antérieurement à l'inscription de la demande.

La loi de Brumaire laisse en dehors les constitutions de servitudes et de droits d'usage et d'habitation et elle est à ce point de vue défectueuse, car la sécurité du prêteur et de l'acquéreur se trouve compromise, s'ils ignorent les démembrements ou charges grevant l'immeuble, ainsi que nous l'avons relevé.

La question de la publicité du partage et des actes déclaratifs en général, ainsi que des mutations à cause de mort, ne fut même pas examinée par les Assemblées de l'an VII.

En ce qui concerne plus spécialement les sûretés réelles, la loi de Brumaire consacre la règle de la publicité des privilèges et des hypothèques, sous la seule exception du privilège des frais de scellés et d'inventaire, de dernière maladie, d'inhumation, de l'année courante des gages aux domestiques et de la contribution foncière.

L'hypothèque conserve les caractères que lui avait reconnu la législation antérieure : notamment elle reste un droit accessoire et elle continue à être la garantie de l'obligation personnelle contractée par le débiteur. L'hypothèque existe pour les créances résultant d'un acte notarié, d'un jugement, d'un acte sous-seing privé, dont la signature soit reconnue ou vérifiée en justice, pour des créances, enfin auxquelles la loi attache le droit d'hypothèque.

Quelle soit conventionnelle, judiciaire ou légale, l'hypothèque n'existe au regard des tiers et ne prend rang que par l'inscription sur les registres.

En ce qui concerne le principe de la spécialité, la loi de Brumaire n'y soumet rigoureusement que l'hypothèque conventionnelle ; l'hypothèque judiciaire et les hypothèques légales sont indéterminées quant à la somme ; la première ne porte que sur les

biens présents du condamné, mais la seconde porte sur les immeubles présents et à venir du débiteur (art. 17. et 21). L'inscription garantit deux années d'intérêt (art. 18). Tout en soumettant les hypothèques au régime de publicité, cette loi n'en conserve pas moins la purge ; mais il importe de remarquer que l'art. 30 décide que l'acquéreur, au lieu d'offrir aux créanciers un paiement immédiat, doit s'engager envers les créanciers à terme à s'acquitter entre leurs mains au jour de l'arrivée du terme. L'article 31 n'exigeait qu'une surenchère du vingtième (1).

Elle maintient la règle du renouvellement décennal dans l'inscription, tout en admettant toutefois une dispense au profit de l'Etat et au profit des femmes mariées, tant que dure le mariage et une année après pour l'hypothèque garantissant leurs droits et reprises (art. 23). Elle supprime la cédule hypothécaire.

98. *Le Code civil. Abandon du système de la loi de Brumaire.* — On sait que le système de la loi de Brumaire fut abandonné par le Code civil. En ce qui concerne les donations, qui étaient restées soumises à l'insinuation, en même temps qu'à la transcription, sous l'empire de la loi de Brumaire an VII, le Code supprima l'insinuation mais maintint la transcription pour la donation d'immeubles (art. 939 à 941) et pour les substitutions permises (art. 1096), avec un caractère mixte qui tient à la fois de la transcription moderne et de l'insinuation ancienne (2).

Quant aux mutations à titre onéreux la discussion ouverte à propos de l'art. 1138 et renvoyée (art. 1140) à la matière de la vente, fut ajournée encore une fois (art. 1583). Arrivés au titre des hypothèques les auteurs du Code durent aborder l'art. 91 du projet arrêté par la Section de législation du Conseil d'Etat, qui reproduisait à peu près l'art. 26 de la loi de Brumaire. Malville attaqua cette disposition, disant qu'elle avait « des inconvénients graves ». Tronchet arriva jusqu'à dire qu'elle était « désastreuse », de sorte qu'elle fut supprimée sans qu'aucune bonne raison n'ait été donnée (3). La question de la publicité du partage ne fut même pas abordée.

(1) La loi belge du 16 déc. 1851, art. 115, en est revenue à ce taux.

(2) V. n° 49.

(3) Troplong arriva à dire qu'il y eut un malentendu ou un escamotage : *Privilèges et hypothèques*, Préface, pp. 13 et s. ; Laurent, XXIX, n° 29 ; Colin et Capitant, t. I, n° 918 ; Fenet, XV, pp. 386-391 ; Loaré, VIII, pp. 146-170.

On sait qu'après la publication du Code la question se posa de savoir si la transcription était encore nécessaire, car des dispositions nombreuses y faisaient allusion (art. 1583, 2108, 2181, 2180, 2189, 2198, 2199, 2200) ; mais cette thèse fut repoussée par un avis du Conseil d'Etat, non publié, du 23 thermidor et, d'après Merlin, du 11 fructidor an XIII (29 août 1805). Il faut aussi rappeler que l'Administration de l'Enregistrement obtint l'insertion dans le Code de procédure civile de deux dispositions aux termes desquelles l'aliénation ne suffisait plus par elle-même à arrêter le cours des inscriptions hypothécaires, mais l'inscription des hypothèques consenties par le vendeur avant la vente restait encore possible jusqu'à la transcription de la vente et même quinze jours après (art. 834 et 835, proc. civ.). Mais nonobstant cette disposition la transcription n'était point nécessaire pour que les transmissions immobilières fussent opposables aux tiers autres que les créanciers hypothécaires du vendeur antérieurs à la vente.

Quant à la publicité des privilèges immobiliers et des hypothèques, ce ne fut pas sans difficulté qu'elle triompha. Beaucoup de Tribunaux d'appel, à qui le projet fut soumis, s'étaient prononcés pour le rétablissement du système de l'ancien droit : neuf seulement avaient demandé le maintien de la loi de Brumaire (1). Au Conseil d'Etat, la section de législation était partagée : il y eut deux rapports en sens contraire, l'un de Bigot de Préameneu, en faveur de l'hypothèque occulte ; l'autre de Réal, défendant le régime de publicité (2).

Enfin, ce fut ce principe qui l'emporta grâce aux efforts du Tribunal de cassation, qui rejeta en grande partie le projet de la commission et rédigea à l'appui de ses idées un rapport remarquable (3).

Il n'y a plus lieu de remarquer que les hypothèques légales du mineur, de l'interdit et de la femme mariée ne furent soumises qu'en apparence à la publicité et que le principe de la spécialité ne fut pas admis sans réserves (4), car nous avons déjà amplement traité de ces incon vénients.

(1) Fenet, XV, p. 271 ; Loaré, XVI, p. 158.

(2) Fenet, XV, pp. 223 et 280 ; Loaré, VIII, pp. 146 et 170.

(3) Fenet, II, pp. 607-649.

(4) V. n^{os} 69 et s.

99. *Réactions contre le Code civil* (1). *Retour aux principes de la loi de Brumaire. L'enquête de 1841 du Garde des Sceaux M. Martin du Nord.* — Nous avons déjà dit que des critiques très vives furent dirigées de toutes parts contre le système du Code immédiatement après sa promulgation. Il suffirait d'en nommer les principaux auteurs. En 1912 M. Hua écrivait un volume intitulé : *De la nécessité et des moyens de perfectionner la législation hypothécaire*. Les objections formulées la même année par l'avocat Anthoine, furent reprises en 1819 par Jourdan (2). En 1827 Casimir Périer fonda un prix de trois mille francs pour le meilleur mémoire sur la réforme hypothécaire et l'avocat Decourdemanche dans une étude *Du danger de prêter sur hypothèque* proposa un système qui fut jugé impraticable. M. Loreau, directeur des domaines, publia un mémoire sur *Le crédit foncier et le moyen de le fonder*, qui exerça une grande influence sur la marche en avant de l'idée de la publicité, qui fut vulgarisée par MM. Gastaldi (3), Foelix (4), Mongalvy (5), et à laquelle se rallia Troplong (6).

Un projet de Code foncier en 126 articles, rédigé par la Commission de révision, créée par une loi de 1824, disparut avec Charles X. Mais toutes ces critiques déterminèrent le Gouvernement de Juillet à provoquer une enquête dont se fit initiateur, le 7 mai 1841, le garde des sceaux, M. Martin du Nord, auprès de la Cour de Cassation, des Cours d'appel et des Facultés de Droit. Leurs réponses et divers documents furent publiés en 1844, en trois volumes, sous ce titre : « Documents relatifs au régime hypothécaire publiés par ordre du Gouvernement. »

A l'exception des Cours de Bordeaux, de Toulouse et de la moitié de celle de Rouen, qui se prononcèrent pour le maintien du système du Code civil, toutes les Cours d'appel et les Facultés de Droit s'accordèrent à réclamer le retour au principe de publicité de la loi du 11 brumaire an VII.

(1) Besson, *op. cit.*, pp. 108 et s. ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, Introduction ; F. Roger, *La réforme du régime foncier en France*, Paris, 1922 ; L. Guillouard, *La Révision du régime hypothécaire*, extrait du *Livre du Centenaire*, Paris, 1904.

(2) *Thémis*, V, pp. 228, 229, 481 et t. VI, p. 193.

(3) *Recherches sur le droit foncier*, Paris, 1829.

(4) *Annales de la législation*, Paris, 1829, p. 163.

(5) *Mémoire sur les moyens de mettre à l'abri les acquéreurs d'immeubles*.

(6) *Privilèges et hypothèques*, Préface.

Tandis que certaines Cours et Facultés proposaient de restreindre la transcription aux titres translatifs de propriété et de droits réels susceptibles d'hypothèque, six Cours d'appel et trois Facultés (1) réclamaient l'extension de la règle aux transmissions à cause de mort, aux testaments et aux actes déclaratifs.

En ce qui concerne la publicité des mutations à cause de mort, la question de la détermination du titre à transcrire arrêta la plupart des Facultés et des Cours. Les Facultés de Dijon et de Caen, ainsi que la Cours de Metz, demandaient la transcription des dispositions testamentaires, mais non des successions légitimes. Seules la Cour de Riom et la Faculté de Paris entrevoyaient une solution générale. Il importe de remarquer qu'on ne concevait pas qu'il pût y avoir transcription sans que cette formalité servît à rendre le droit opposable aux tiers : dès lors on ne voulait pas porter atteinte à la saisine, en la faisant dépendre d'une formalité ; on ne voulait faire dépendre le titre de l'héritier de la transcription, puisqu'il découle directement de la loi. Mais nous reviendrons sur cette question.

Les Cours de Riom et de Montpellier, les Facultés de Paris et de Caen, proposaient en termes excellents l'organisation d'une publicité réelle par le moyen des livres fonciers en accord avec le Cadastre, sans, toutefois, arriver jusqu'à changer le caractère de la transcription qui restait celui de la loi de Brumaire an VII, c'est-à-dire un moyen de rendre la transmission opposable aux tiers et non un moyen de consolider d'une manière absolue la propriété entre les mains de l'acquéreur. Toutefois, la Faculté de Grenoble et plusieurs professeurs de Rennes, désirent que la publicité devienne nécessaire pour transmettre la propriété entre les parties contractantes comme à l'égard des tiers.

Seule, la Cour de Bastia, à mots couverts, arrive jusqu'à demander le principe de la force probante en exigeant que « la transcription soit le signe infaillible auquel l'acheteur et le prêteur reconnaîtront quel est celui qui a le droit de disposer de la propriété ».

Les autres Cours et Facultés se préoccupent des causes occultes d'éviction et en général elles se rangent à l'idée de faire publier

(1) De Caen, de Paris et de Poitiers, dans certains cas, v. Martin du Nord, *op. cit.*, t. I, p. 448.

les événements qui font perdre la propriété, tout en ne se cachant pas que d'une part il y a des causes d'éviction rebelles à toutes publicités, et que, d'autre part, l'inscription des demandes en nullité ne peut pas faire que les droits réels constitués antérieurement ne soient anéantis par l'effet rétroactif de la résolution.

En ce qui concerne la réforme hypothécaire, une seule Cour, celle de Toulouse, se prononce pour le maintien du *statu quo*. Celles de Bordeaux, Limoges et Rouen repoussent les innovations qui porteraient atteinte aux principes du Code civil. Tous les autres corps consultés sont nettement partisans d'une réforme plus ou moins complète du régime hypothécaire.

Toutefois, pour se prononcer nettement en faveur de l'application rigoureuse du principe de la publicité et de la spécialité on ne voit guère que quatre Cours d'appel et trois Facultés : notamment la Cour de Bastia et la Faculté de Paris. Elles s'accordent sur la nécessité de soumettre l'hypothèque légale à l'inscription et à la détermination. La Faculté de Paris suggère le moyen de concilier l'application du principe avec les intérêts des incapables en proposant d'admettre, suivant les circonstances, les maris et les tuteurs à suppléer à la garantie hypothécaire par une sûreté d'une autre nature, une caution. Sans arriver jusqu'à proposer la suppression de l'hypothèque judiciaire, cette Faculté demande qu'elle ne puisse résulter de la simple vérification ou reconnaissance en justice d'un acte sous seing privé. D'autre part, celle résultant d'un jugement de condamnation devrait être inscrite sur chacun des immeubles désignés par le créancier et les juges devraient avoir le pouvoir de restreindre l'effet de l'hypothèque judiciaire à certains immeubles suffisants pour la sûreté du créancier (1).

100. *Projet de Loi de 1850.* — A la suite de cette enquête de 1841, une Commission fut nommée par le garde des sceaux pour préparer un projet de loi sur la réforme hypothécaire, mais elle n'aboutit qu'à un texte insuffisant ne contenant que des réformes de détail à vingt et un articles du Code (2). Le rapport fut publié le 9 février 1848. La chute du Gouvernement de Juillet empêcha à cette commission de continuer son œuvre.

(1) *Doc. hyp.*, t. III, p. 280.

(2) V. Guillouard, I, n^o 44 et s.

Dans la séance de l'Assemblée Législative du 2 juin 1849, M. Pougeard présenta une proposition ayant pour objet la réforme du titre du Code civil sur les privilèges et hypothèques, du titre du même Code sur l'expropriation forcée, des titres du Code de procédure civile relatifs à la saisie immobilière et à la surenchère sur l'aliénation volontaire. Cette proposition fut renvoyée avec une proposition de loi de M. Wolowsky sur l'organisation du crédit foncier à une commission de trente membres, nommée par un arrêté du 15 juin 1849 du Président de la République (1).

Le projet de loi formulé par cette commission fut renvoyé au Conseil d'Etat par décret du 27 décembre 1849 (2). Mais comme le Conseil d'Etat faisait attendre son avis, M. Rouher, Ministre de la Justice, dans la séance du 4 avril 1850 (3), déposa l'exposé des motifs et le texte d'un projet de loi tendant à réformer le titre du Code civil sur les privilèges et hypothèques. Le projet du Gouvernement fut renvoyé à la Commission de réforme hypothécaire et du crédit foncier. Le 25 avril 1850, M. de Vatismenil déposa le rapport de la commission sur ce dernier projet et sur la partie de la proposition de M. Pougeard relative à la réforme hypothécaire.

La première délibération eut lieu le 25 juin 1850 (4). La seconde délibération, commencée le 13 novembre 1850 (5) fut terminée le 22 février 1851. La troisième délibération ne put avoir lieu par suite des événements de décembre 1851.

Il nous faut examiner ici la structure générale de ce projet de loi en insistant seulement sur les points qui diffèrent de la loi actuelle, car ce projet constitua la base d'une grande quantité de projets que nous avons à examiner. « Le système du Code civil, déclarait M. de Vatismenil dans son rapport, a été soumis à une expérience de près d'un demi-siècle. Il est maintenant jugé. Il faut revenir à la publicité complète et absolue. Pour que le Crédit foncier existe d'une manière réelle, il est indispensable que toutes les charges hypothécaires se manifestent clairement aux yeux des prêteurs ; que ceux-ci puissent juger par leurs propres lumières de la

(1) Sur les travaux de cette Commission, v. Valette, *Mélanges*, II, pp. 221, 257 et Cauwes, *Cours d'éco. pol.*, II, p. 410.

(2) *Moniteur* du 31 déc. 1849, p. 4223, vol. 2.

(3) *Moniteur* de 1850, pp. 1102 et 1160 à 1163.

(4) *Moniteur* de 1850, pp. 2178 à 2180.

(5) *Moniteur* de 1850, p. 3255, vol. 2.

situation de l'emprunteur ; qu'en un mot, pour faire le bilan immobilier du possesseur d'une maison ou d'une ferme, il suffise d'effectuer une addition et une soustraction » (1).

En conséquence, le projet de Vastismenil, sans abandonner le système de publicité par nom de propriétaire, et non par feuillet foncier, constituait un grand progrès.

Il soumettait toutes les hypothèques au double principe de la publicité et de la spécialité. Légale ou conventionnelle seulement et non judiciaire, l'hypothèque ne produisait effet que du jour de son inscription, et l'inscription ne pouvait être prise que pour une somme fixe et sur des immeubles présents et spécialement désignés par leur nature et leur situation. Les biens à venir n'étaient pas susceptibles d'hypothèque, même en cas d'insuffisance des biens présents.

Le projet n'abandonnait pas à la discrétion des parents ou alliés de l'incapable le soin de requérir inscription de l'hypothèque du mineur et de la femme mariée : il impose cette obligation au greffier qui a concouru à la délation de la tutelle, au notaire qui a reçu le contrat de mariage, sous peine de 100 francs d'amende et même de destitution (art. 2130 à 2144). En outre, dans le cas où le Conseil de famille jugerait insuffisante la garantie hypothécaire du tuteur, ledit Conseil de famille pouvait ordonner le versement à la caisse des dépôts et consignations de tous les capitaux appartenant au mineur et des excédents de ses revenus (art. 2141) suivant l'idée émise par la Faculté de Paris.

Les privilèges les moins favorables étaient supprimés, privilèges de l'architecte et du constructeur. Les privilèges de l'art. 2101 du Code civil cessaient d'être colloqués sur les immeubles à défaut de mobilier.

Le projet affectait au paiement des créances, privilégiées ou hypothécaires, selon le rang de chacune d'elle, le montant de l'indemnité d'assurance (art. 2095).

En ce qui concerne la purge, le projet proposait l'abandon du principe, quelque peu brutal, de l'art. 2184, et le retour à la loi de Brumaires an VII quant au remboursement des créances non échues : « Les ventes en seront plus faciles, disait M. de Vastismenil, les prêts se feront aussi de meilleures conditions, parce que les prêteurs

(1) V. Besson, *op. cit.*, p. 116 ; Guillaouard, *La révision du régime hypothécaire*, *op. cit.*, p. 10.

n'auront pas à courir les chances d'être remboursés inopinément » (1).

Dans les travaux préparatoires on avait proposé de donner le droit de purge au moins à l'égard des hypothèques légales, aux bailleurs de fonds qui désiraient, avant de prêter, s'assurer sur l'état hypothécaire de l'immeuble, mais cette proposition fut rejetée par la commission nommée par le Gouvernement (2).

La caution à fournir par le surenchérisseur était réduite au dixième du prix (3). Le bénéfice de la discussion était aboli (4), ainsi que la faculté de délaissement (5). La prescription de l'hypothèque indépendante de la prescription de la créance était abolie.

Le projet rétablissait la transcription de la loi de Brumaire an VII ; mais le principe de l'art. 26 recevait un caractère encore plus vaste, car il comprenait les actes déclaratifs (6), aussi bien que les actes translatifs de droits réels susceptibles d'hypothèque, et en outre, étaient assujettis à la transcription les actes constitutifs d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation (7).

(1) L'année suivante le même principe fut consacré par la loi belge du 16 déc. 1851, art. 113.

(2) Rapport de M. Persil, *Revue de législation (Revue Wolowsky)*, p. 314.

(3) Art. 2183, Rapport de M. de Vatismenil, p. 50 ; La loi belge de 1851, à 25 % (art. 115, 5°).

(4) Conformément à la loi belge.

(5) La loi belge a maintenu le délaissement (art. 8).

(6) Au cours de la discussion devant l'Assemblée la publicité des actes déclaratifs fut soutenue par M. Persil et par M. Berthmont, rapporteur de la loi au nom du Conseil d'Etat et il importe de remarquer qu'elle fut combattue par le rapporteur, M. de Vatismenil, dont l'argumentation devait être reprise victorieusement en 1853 par M. Belleyne, rapporteur du projet qui devint la loi de 1855.

(7) La Commission de 1849 avait proposé de soumettre à la transcription les mutations à cause de mort, mais cette proposition fut repoussée. Il faut remarquer qu'il ne s'agissait pas de rendre inopposable la mutation à l'égard des tiers : « Nous avons voulu, disait M. Persil, commencer à ouvrir la voie d'une universelle publicité, en imposant aux receveurs de l'enregistrement à qui les déclarations *ab intestat* doivent être faites dans les six mois du décès, l'obligation de donner immédiatement connaissance aux Conservateurs de la mutation sur les registres des transcriptions. Ce ne sera sans doute qu'un renseignement auquel ne pourra pas s'attacher à l'égard des tiers les effets légaux de la transcription, mais ce renseignement pourra leur être utile et cela suffit pour que nous vous proposons d'en exiger la mention tant sur les registres des conservateurs que

Suivant le principe de la loi de Brumaire an VII la transcription était obligatoire pour rendre les actes opposables aux tiers, mais là s'arrêtait son effet : « L'aliénation, quoique suivie de transcription, ne transfère pas à l'acquéreur plus de droit que n'en avait son auteur, si ce n'est à l'égard d'un précédent acquéreur et à l'égard des tiers qui ont négligé de transcrire » (art. 5122 du projet).

Toutefois, après avoir maintenu la maxime « *memo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* », le projet se propose de faire échec à l'autre maxime qui en est la logique conséquence : « *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. »

Au terme de l'art. 2105 les droits de résolution et de révocation appartenant aux anciens propriétaires, n'auront plus d'effet rétroactif au regard des tiers créanciers inscrits et aux acquéreurs subséquents qui ont fait transcrire, qu'autant qu'ils seront transformés en actions, et seulement à partir du jour où l'action sera annotée en marge de la transcription du titre qu'elle menace de révocation ou de résolution. Tous les droits réels constitués et rendus publics antérieurement à la mention de l'action résolutoire ou révocatoire, échapperont à l'effet rétroactif du jugement de résolution ou de révocation.

Cette disposition qui contient l'institution de la « prénotation », avait eu son origine dans les articles 92 à 96 du Code de Messidor an III, dont nous avons déjà parlé (1) et elle était inspirée plus particulièrement de l'art. 958, al. 1^{er} du Code civil relatif aux effets de la révocation de donation pour cause d'ingratitude (2).

Elle demande quelque développement, car elle a fait l'objet d'un débat qui est resté célèbre. Repoussée par l'Assemblée législative, elle inspira une grande quantité de projets et elle fut consacrée par le Code civil italien de 1865 avec une portée encore plus vaste, ainsi que nous le verrons. Nous devons par conséquent revenir sur ce sujet.

Ce principe avait été formulé dans l'art. 60 du projet de M. Pougeard de 1849 par rapport au droit de résolution du vendeur (1654 Cod. civ.) et à l'action en reprise de l'échangiste (art. 1705 Cod. civ.). Le projet du Gouvernement au contraire,

sur les états qui seront demandés à ces derniers. (Reproduit dans le rapport déposé par M. Violette à la Chambre des Députés, le 19 janvier 1909, *Journal Officiel*, Doc. n° 2256).

(1) V. n° 96.

(2) V. n° 61.

avait jugé trop radical ce système et avait proposé de n'accorder l'effet résolutoire qu'à la cause résolutoire expresse, que le Conservateur aurait dû mentionner d'office dans l'inscription du privilège du vendeur. Mais la commission de l'Assemblée législative entre les deux systèmes accepta celui de Pougeard : la cause résolutoire expresse, elle observa, une fois admise, prendrait le caractère d'une clause de style qui figurerait dans tous les actes. Le Conseil d'Etat, consulté par le Gouvernement avant la discussion du projet de loi par l'Assemblée, avait accepté toutefois ce système.

Sur le système proposait par la commission de l'Assemblée, et qui était, comme nous avons dit, celui de Pougeard, la discussion se poursuivait très vive, pendant les séances des 14, 16 et 17 décembre 1850.

La critique de cette disposition fut faite par M. Valette, dans la séance du 17 décembre (1). D'après cet éminent juriste, cette disposition, compréhensible à l'égard des causes d'éviction rebelles à toute publicité directe et initiale, que les parties ne peuvent prévoir lors du contrat, ni, par conséquent, inscrire à l'avance sur les registres publics, — telles que l'action en révocation des donations pour cause d'ingratitude, — cadrerait mal avec l'esprit du Code civil et allait au delà du but à atteindre au cas du droit de résolution du vendeur et au cas de l'action en reprise de l'échangiste. car ces causes de résolution, contemporaines du fait même de l'aliénation, peuvent faire, dès ce moment, l'objet d'une inscription.

D'après M. Valette le principe à adopter devrait consister à exclure le droit de résolution s'il n'a pas fait l'objet d'une stipulation formelle lors du contrat et d'une publicité sur les registres avant la transcription des droits des tiers.

Entre ces deux systèmes, dès le commencement de la discussion, M. Rouher présenta, sous forme d'amendement, un nouveau système, solidarisant l'action résolutoire avec le privilège du vendeur, qui l'emporta.

Nous n'avons pas à expliquer ce système, car on sait que, reproduit d'abord par l'art. 28 de la loi belge du 16 décembre 1851, devint après l'art. 7 de la loi actuelle du 23 mars 1855 (2).

Il est intéressant d'observer que M. Valette présenta un amendement qui organisait une sorte de purge de l'action résolutoire

(1) *Moniteur*, p. 3613.

(2) V. n° 58.

du vendeur non payé : il étendait au cas de revente volontaire le mode établi par l'art. 717 du Code de procédure civile pour le cas d'expropriation forcée (1).

En outre, il proposait d'affecter l'indemnité due à l'acheteur en cas de résolution du contrat, à ses créanciers hypothécaires.

Il y a lieu de signaler le discours prononcé par M. Valette, dans la séance du 18 décembre 1850, sur la suppression de l'hypothèque judiciaire (2). Nous avons déjà dit que le projet de la commission n'admettait pas cette hypothèque. M. Bethmont rapporteur du Conseil d'Etat, déclarait que le devoir du législateur était de la supprimer. M. Louvet, dans la séance du 17 décembre 1850, en réclama le maintien, que combattit M. Charlemagne. Dans la séance du 18, l'hypothèque judiciaire fut successivement défendue par MM. Riché et Wolowski et combattue par M. Crémieux. Après l'intervention de M. Valette, l'Assemblée législative vota l'abrogation proposée.

La Commission ne fut pas seulement mise en échec sur la question de la publicité du droit de résolution, mais aussi en ce qui concerne la publicité hypothécaire. Sur l'initiative de M. Demante, l'Assemblée législative se prononça pour le maintien de l'hypothèque légale des incapables, générale et clandestine, tout en accordant à la femme la faculté de renoncer à son hypothèque par le contrat de mariage, en imposant aux veuves et aux mineurs l'obligation de prendre inscription dans l'année de la cessation de l'incapacité (3).

Des dispositions secondaires du projet autorisaient l'endossement des obligations hypothécaires, modifiaient les formes de l'inscription et en prolongeaient la durée. Le projet du Gouvernement dispensait les inscriptions de tout renouvellement ; mais le rapport de Vatismenil, après avoir critiqué la péremption décennale concluait à substituer la péremption trentenaire (4).

(1) V. art. 114 de la loi belge du 16 décembre 1851.

(2) V. le texte dans le fasc. 2, p. 111, des Procès-verbaux de la Commission extraparlamentaire du Cadastre.

(3) Séance du 8 janvier et du 12 février 1851, *Moniteur*, p. 70, vol. 2 et p. 460, vol. 1.

(4) En Belgique l'inscription conserve ses effets durant quinze ans (loi de 1851, art. 90) et en Italie durant trente ans (Code civil, art. 2002).

Nous avons déjà rappelé comment ce projet, voté en seconde lecture le 10 mars 1851 (1), et mis en discussion en troisième lecture le 1^{er} juillet 1850, ne fut pas approuvé à cause des événements qui mirent fin à l'existence de l'Assemblée législative.

101. *Loi du 23 mars 1855.* — On sait que l'organisation du Crédit foncier fut réglée séparément par un Décret du 28 février 1852 et la Loi du 10 juin 1853 (2). Mais ces dispositions faisaient pressentir une loi générale. Le Conseil d'Etat prépara, par suite, en 1853, un nouveau projet ayant soin, pour éviter de nouveaux retards et de nouvelles difficultés, d'écarter tous les articles de l'ancien texte qui avaient soulevé des discussions (3).

Disparurent ainsi toutes les dispositions relatives à la publicité des hypothèques légales, sauf les règles de l'inscription dans l'année de la cessation du mariage ou de la tutelle et de la cession de l'hypothèque légale de la femme. Le projet soumettait cependant à la transcription les actes déclaratifs, mais la commission du Corps législatifs effaça cette mesure. Quant aux mutations à cause de mort, qui n'avaient pas été soumises à la transcription dans le projet de 1850, restèrent naturellement en dehors de toute publicité. Le rapport de la Commission parlementaire fut déposé par M. Debelleyme sur le Bureau du Corps législatif, le 21 mars 1854 (4). La discussion fut prompte : ouverte le 13 janvier 1855, se poursuivit dans les séances des 15, 16 et 17 sans incidents notables. La seule discussion intéressante fut celle relative aux dispositions qui solidaient l'action résolutoire avec le privilège du vendeur et qui accordaient un délai au vendeur et au copartageant pour inscrire utilement leur privilège. Le Sénat adopta le projet entier le 13 mars, qui devint la loi du 23 mars 1855, sur laquelle nous avons déjà assez dit.

Nous devons simplement rappeler les principales réformes de détail, sur lesquelles nous avons déjà attiré l'attention :

1^o la Loi du 22 mai 1858 sur la procédure d'ordre a modifié plusieurs articles du Code de procédure, afin de préciser les droits de

(1) *Moniteur*, p. 700, vol. 3.

(2) V. n^o 88.

(3) Exposé des motifs reproduit dans Mourlon, *Traité de la Transcription*, pp. vii et s.

(4) *Moniteur*, suppl., I, p. 34, vol. 4.

la femme mariée, du mineur et de l'interdit dans les ordres ouverts pour la distribution du prix des immeubles du mari ou du tuteur ;

2° la Loi du 13 février 1889 a complété l'art. 9 de la Loi du 23 mars 1855, relatif à la cession de l'hypothèque de la femme mariée ;

3° la Loi du 19 février 1889 (art. 2 à 4) a réglé l'attribution des indemnités dues par suite d'assurance ;

4° la Loi du 17 juin 1893 a modifié les règles relatives aux intérêts des créances privilégiées et hypothécaires (art. 2151 C. civ.) ;

5° la Loi du 1^{er} mars 1918 (et les Décrets des 29 mars 1918 et 21 mars 1921) a modifié la manière d'opérer les inscriptions hypothécaires ;

6° la Loi du 24 juillet 1921 a modifié la manière d'opérer la transcription hypothécaire (1).

Dans le chapitre suivant nous allons examiner les études de la réforme d'ensemble qui furent tout de suite reprises dès la promulgation de la Loi du 23 mars 1855.

(1) Nous rappelons que les lois du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885 ont organisé l'hypothèque maritime et celle du 5 juillet 1917 l'hypothèque de la batellerie fluviale.

CHAPITRE III

Le système des livres fonciers et l'œuvre de la Commission extraparlamentaire du Cadastre

102. *Le mouvement des études pour l'introduction du livre foncier en France. Création de la Commission extraparlamentaire du Cadastre. Plan du chapitre.* — Tandis que la Loi de 1855 s'attirait les plus vives critiques (1), le système des livres fonciers commençaient à attirer sur eux tous les regards.

L'Act Torrens, élaboré en 1855 par Sir Robert Torrens en Australie Méridionale, devenait la loi foncière de ce pays le 2 juillet 1858 et il était adopté successivement par la plupart des Colonies Anglaises : la Tasmanie en 1861, la Nouvelle-Galles en 1862 et 1873, la Nouvelle-Zélande en 1870, l'Australie Occidentale en 1874. La Prusse notamment, après avoir expérimenté ce système dans ces colonies de Nouvelle-Poméranie et de Rügen, instituait dans la Métropole un système de publicité réelle basée sur les livres fonciers, par les lois organiques de 1872. Cet exemple était, plus qu'aucun autre, pour frapper l'attention des économistes et des juristes français.

Les Congrès des Sociétés savantes en 1886, 1887 et 1888 formulèrent des vœux en faveur de la réforme foncière basée sur les livres fonciers. Dès 1882, M. Yves-Guyot, au Congrès de l'Associa-

(1) Les excellents traités théoriques qui la suivirent abondent dans l'exposition des défauts du système qui ne donnait satisfaction à personne : Aubry et Rau (1856), Flandin (1861), Mourlon (1862), Troplong (1864).

tion des Sciences à La Rochelle, avait vulgarisé en France le système Torrens, qui, sous son influence, fut appliqué à la Tunisie par la Loi du 5 juillet 1885 (1). Parmi les travaux les plus importants, il faut citer ceux de Flour de Saint-Genis et notamment de M. Besson, qui en un excellent livre couronné par la Faculté de Droit de Paris, exposa une étude précise de toutes les législations étrangères et proposa un système de publicité basé sur les livres fonciers. Cette étude peut être considérée l'introduction aux célèbres travaux de la Commission extraparlamentaire du cadastre (2).

En 1890, le Gouvernement, en proposant de mettre à l'étude la question de la révision du Cadastre, dans l'exposé des motifs du budget de 1891, indiquait ainsi le but de cette revision. « Le cadastre, perpétué à l'aide d'un système de conservation, ne serait pas seulement un instrument fiscal et administratif ; il devrait satisfaire à d'autres besoins. Des abornements généraux et une triangulation rigoureuse précéderaient le renouvellement des opérations : le cadastre constituerait la base de la propriété foncière ; il assurerait la sécurité des hypothèques et la régularité des transactions immobilières ; il fournirait enfin à l'agriculture par le développement des institutions de crédit, les moyens d'action qui lui font défaut aujourd'hui. En un mot, il deviendrait le grand-livre terrien de la France » (3).

Le Parlement vota un crédit d'un million pour les études nécessaires à la préparation de cette réforme et un décret du 30 mai 1901, rendu sur la proposition de M. Rouvier, Ministre des Finances, créa une Commission extraparlamentaire du cadastre, composée des personnes les plus autorisées et chargée d'étudier la question tant au point de vue technique qu'au point de vue juridique.

Cette Commission, divisée en trois sous-commissions, juridique, technique, des voies et moyens, inaugura ses travaux le 10 mai 1891 pour les clôturer dans la séance plénière du 16 mars 1905. Les neuf fascicules des procès-verbaux de toutes les séances constituent une source inépuisable, qu'on peut consulter avec le plus grand profit sur toutes les nombreuses questions que soulève cette réfor-

(1) V. n° 112.

(2) Besson, *Les livres fonciers et la Réforme hypothécaire*, Paris, 1891.

(3) Procès-verbaux de la Commission extraparlamentaire du Cadastre, fascicule 1, p. 5 ; reproduit par Guillaud, *La Revision du Régime hyp.*, extrait du *Livre du Centenaire*, Paris, 1904, p. 12.

me, ainsi que l'énonçait le président de la séance de clôture, M. Paul Delombe (1).

Avant d'exposer le système élaboré par cette Commission il sera utile d'exposer très brièvement les traits principaux qui caractérisent le système germanique des livres fonciers, et ceux qui se rencontrent dans le système de l'Act Torrens, qui ne se confond pas avec le précédent, mais qui offre, avec des particularités, les traits essentiels du système des livres fonciers (2).

Ce chapitre sera par conséquent divisé en deux sections : section I, Le système des livres fonciers, Section II, L'œuvre de la Commission extraparlamentaire du Cadastre.

SECTION I

Le système des livres fonciers

103. *Le régime foncier de l'Allemagne. Les cinq principes essentiels.* 1° *Le principe de la publicité par les livres fonciers.*

— Les lois prussiennes du 5 mai 1872 organisèrent dans les Etats prussiens un système original, étendu à tout l'Empire par le Code civil de 1896 (art. 873-902) et mis en application par la loi du 24 mars 1897 sur les livres fonciers (*Grundbuchordnung*), modifié par la loi du 14 juillet 1905 (3).

(1) Fasc. 9, p. 811. On trouve dans le dernier fascicule (9^e) le texte définitif de l'avant-projet sur la réforme ou la révision et la conservation du Cadastre, l'avant-projet sur les privilèges et hypothèques, l'avant-projet sur l'institution des livres fonciers, ainsi que les résolutions et les vœux formulés par la Commission.

(2) Le système germanique de l'inscription constitue un des deux types principaux auxquels il est possible de réduire les différents systèmes de publicité ; l'autre étant le système français de la transcription. Le système français de la transcription a été adopté en Belgique (L. 16 décembre 1851 et 10 octobre 1913, *Ann. Lég. étrang.*, 1914, p. 672 ; Fr. Roger, *Transcription*, n^{os} 3137 et s., aux Pays-Bas (art. 671, *Proc. civ.*, *Bull. Soc. lég. comparée*, 1877, p. 544), en Italie (art. 1932-1947, *C. civ.*, v. n^{os} 202 et s.).

Pour l'Angleterre : Lavaissière de Lavergne, *La transmission de la propriété immobilière et l'introduction des livres fonciers en Angleterre*, thèse, Paris, 1905 et 1^{er} juin 1922 ; pour le Luxembourg : L. 25 septembre 1905, *Pand. Franç.*, 1906, p. 517.

(3) Crome, *System.*, III, §§ 357 et s., pp. 88 et s. ; Klumpp, *Deut. Grundbuchrecht*, 1904 ; Oberneck, *Reichsgrundbuchrecht*, 1904 ; Kretzschmar, *Einführung in das Grundbuchrecht*, 1902 ; Best, *Grundbuch und Hypothekrecht*, 1896 ; Ch. Gide, *Bull. Soc. Lég. comp.*, 1886, les notes de la traduction du Code civil allemand par l'Office de lég. étrangère et la bibliographie citée au n^o 664, ordonnance du

Ce régime est dominé par cinq principes essentiels (1).

1° *Principe de la publicité par livres fonciers.* — Tous les immeubles d'une circonscription sont inscrits sur les livres fonciers : les droits réels concernant ces immeubles doivent être portés au feuillet (Grundbuchblatt) établi en principe pour chaque immeuble.

L'idée dominante de ce système est d'individualiser la propriété immobilière, d'abord physiquement, au moyen du cadastre, puis juridiquement au moyen du livre foncier. Le cadastre arrête irrévocablement la contenance, les limites et la situation du bien-fonds ; le livre foncier consacre le droit du propriétaire inscrit, enregistre fidèlement toutes les modifications que ce droit peut subir.

Tandis qu'en France c'est par noms des parties que sont tenus les registres, en Allemagne au contraire, la publicité est réelle, c'est-à-dire que les registres fonciers sont tenus par parcelles, chaque parcelle cadastrale ayant son feuillet sur lequel sont énoncés tous les actes et faits modificatifs du droit de propriété.

L'immatriculation des propriétés au livre foncier n'a pas lieu au fur et à mesure des transferts ou des charges réelles à inscrire, mais elle est opérée pour tout le territoire par voie de mesure générale, dans l'ordre établi par le cadastre. Il faut cependant dire que les livres fonciers allemands ne sont pas tous tenus par feuillets réels (Realfolien), mais ils peuvent être tenus par feuillets personnels (Personalfolien) ; la plus grande latitude ayant été laissée sous ce point aux législations locales.

Le premier système, qui consiste à donner un feuillet spécial à chaque corps de bien, est celui qui répond le mieux à la définition théorique des registres fonciers. Chaque feuillet se partage en un titre et trois sections (Rubrike, Eintheilungen). Le titre contient la description exacte du domaine, empruntée au cadastre. La première section (Eigenthumsblatt) fait connaître le propriétaire et l'origine de son droit de propriété ; la seconde (Belastungsblatt) les charges permanentes du bien-fonds, ainsi que ces restrictions au

22 février 1911. — Sur les lois de 1872 voir la traduction et les notes de Paul Gide, *Annuaire de législation étrangère*, 1873, pp. 208 et s. — Sur les systèmes germaniques, v. Besson, *op. cit.*, pp. 248 et s. ; Morel, *Le régime foncier d'Alsace et de Lorraine*, Paris, 1922.

(1) Les particularités propres au régime d'Alsace-Lorraine, avant l'introduction de la loi française, seront exposées au chapitre V.

droit de propriété ; la troisième (Hypothekenblatt) les hypothèques et les dettes foncières. (C'est aussi le système suisse, art. 946 Cod. civ. suisse).

Le système de feuillets personnels est appliqué dans les circonscriptions où le morcellement excessif de la propriété s'oppose à l'établissement des Realfolien. Un feuillet est ouvert au nom de chaque propriétaire : on y inscrit tous les immeubles appartenant à ce propriétaire dans la commune. Ce système ne s'écarte pas, toutefois, autant qu'on pourrait le croire de la publicité réelle, puisque chaque immeuble appartenant au même propriétaire donne lieu à l'ouverture d'un article spécial où sont inscrites toutes les mutations et charges dont il est l'objet : principe de la spécialité (Specialitätsprincip).

Quelles qu'en soient les modalités, le livre foncier a pour caractère propre et fondamental de condenser tous les renseignements relatifs à l'état naturel et légal de la propriété immobilière dans un document unique, permettant d'embrasser d'un seul coup d'œil la situation de l'immeuble.

104. 2° *Principe absolu de l'inscription.* — Suivant ce principe, seule l'inscription peut opérer le transfert, la constitution ou l'extinction d'un droit réel immobilier ; la volonté des parties n'y suffit pas.

Le droit allemand a maintenu une séparation entre les actes créateurs d'obligation et les actes constitutifs, translatifs et extinctifs de droits réels. La convention par laquelle on s'engage à transférer, constituer ou éteindre un droit réel ne suffit pas à opérer ce transfert, cette constitution ou extinction (1).

La convention fait naître seulement une obligation entre les parties. La mutation exige un acte de transfert qui se décompose en deux éléments : le contrat réel, accord des volontés des parties, distinct du contrat obligatoire, et l'inscription au livre foncier.

Dans ce système le livre foncier n'est pas un mode de publicité, mais un élément essentiel de la constitution du droit.

(1) La Loi Prussienne de 1872 qui posait ce principe quant à l'aliénation volontaire de la propriété immobilière (art. 1^{er}) admettait, en ce qui concerne la constitution des droits réels immobiliers autres que les hypothèques, un principe identique à celui du droit français : l'inscription était nécessaire pour rendre ces droits opposables aux tiers non pour les créer entre les parties (art. 12).

Cette solution, qui résulte des articles 873, 875, 877 du Code civil allemand porte atteinte au système français du transfert de la propriété et de la constitution des droits réels par simple consentement, entre les parties. D'après l'art. 313 du Code civil allemand un contrat par lequel une des parties s'oblige à transférer la propriété existant sur un fond, requiert constatation authentique sous forme judiciaire ou notariée, et la même règle est applicable à la constitution d'un droit de superficie (art. 1017). Tous autres actes obligatoires ayant pour objet la constitution, l'extinction ou le transfert d'un droit réel ne sont soumis à aucune forme particulière (1).

Nous avons vu que l'acte de transfert qui est visé par les art. 873 et suiv. du Code civil se décompose en un accord des parties (contrat réel), — et dans certains pays en une simple déclaration unilatérale émanant de l'une d'elle (2), — et en l'inscription au livre foncier.

Ce contrat réel ne doit pas être confondu avec la convention génératrice d'obligation. Il suffit à opérer la mutation, sans que l'on ait à se préoccuper de la validité de l'acte obligatoire ; mais il ne se réduit pas à l'inscription au livre foncier. Cette inscription doit reposer sur un certain consentement (*Konsensprinzip*).

Il y a lieu de remarquer que le Code civil suisse, tout en disposant qu'au cas d'aliénation volontaire l'inscription au livre foncier est nécessaire pour consommer le transfert même entre les parties (art. 653), rejette la notion de contrat réel abstrait (3). Par contre il connaît, cependant, le consentement à inscription émanant du propriétaire de l'immeuble (art. 963), qui est un acte intermédiaire entre le contrat et l'inscription et il est exigé non seulement pour que l'inscription puisse être effectuée, mais pour la validité du transfert. Dès lors il joue un rôle analogue à celui du contrat réel en droit allemand : il doit nécessairement accompagner l'inscription pour que la mutation soit valablement opérée. Il n'est pas toutefois un contrat abstrait, car il doit reposer sur un contrat valable. Par suite la nullité du titre obligatoire empêche l'accomplissement de la mutation, quoique l'inscription ait été effectuée

(1) Dans les circoncriptions qui ne sont pas dotées d'un livre foncier définitif, l'acte notarié est exigé pour les constitutions d'hypothèque.

(2) En cas d'extinction d'un droit réel immobilier.

(3) Wieland, *Les droits réels dans le Code civil suisse*, trad. Bovay, I, pp. 423 et s.

au livre foncier, en porant atteinte non seulement à la distinction de l'acte obligatoire et de l'acte de transfert, mais au principe même de la force probante (1).

En cas de transfert de la propriété d'un immeuble ou de constitution d'un droit de superficie, en droit allemand, le contrat réel reçoit la dénomination spéciale de dessaisine-saisine (*Auflassung*) (art. 925) (2) ; il se réalise par la déclaration des deux parties présentes en même temps devant le bureau foncier. Dans tous les autres cas de constitution ou de transfert de droits réels, le contrat réel est valable sans l'observation d'aucune forme particulière.

L'inscription au livre foncier est le second élément de l'acte de transfert et constitue la caractéristique du régime : elle peut être considérée l'acte générateur du droit réel. Elle est régie par la loi du 24 mars 1897 sur les livres fonciers (*Grundbuchordnung*, art. 13 et suiv.).

Deux principes dominent cette matière : le principe de légalité et le principe relatif de l'inscription.

105. 3° *Principe de légalité*. — Suivant ce principe l'autorité chargée de la tenue du livre foncier exerce un certain contrôle avant d'effectuer l'inscription.

Tandis qu'en France le Conservateur des hypothèques, joue un rôle purement passif, en Allemagne le *Grundbuchrichter* est un magistrat : il est chargé de veiller, dans une certaine mesure, à ce que les énonciations du livre foncier soient exactes et correspondent aux situations juridiques véritables par décision soumise aux recours de droit. En cas d'erreur l'Etat en supporte la responsabilité (art. 12, loi du 24 mars 1897), sauf son recours contre le juge en cas de faute lourde. Dans ce but, il doit constater que l'acte qui lui est présenté ou que le contrat réel, passé devant lui, remplit toutes les conditions exigées par la loi pour la constitution ou la mutation du droit.

106. 4° *Principe relatif de l'inscription*. — Pour disposer d'un droit réel immobilier, il faut être inscrit au livre foncier comme titulaire de ce droit.

(1) Wieland, *op. cit.*, t. II, p. 527 ; Morel, *Le régime foncier d'Alsace-Lorraine*, p. 58.

(2) L'institution de la prénotation permet de suppléer à l'impossibilité de procéder à la dessaisine, v. n° 108.

La loi exige que celui dont le droit est affecté par l'inscription soit lui-même inscrit au livre foncier comme ayant droit (Loi sur les livres fonciers, art. 40).

Par ce moyen elle assure la continuité dans la filière des inscriptions et elle contraint ainsi indirectement toute personne titulaire d'un droit réel à faire inscrire, car le titulaire d'un droit immobilier non inscrit se trouve dans l'impossibilité de l'aliéner.

L'inscription est nécessaire à l'accomplissement des mutations immobilières, lorsque celles-ci résultent d'un acte juridique volontaire ; mais il y a des cas dans lesquels les mutations se réalisent indépendamment de toute inscription. Mais dans ces hypothèses l'inscription bien que n'ayant pas l'effet constitutif s'impose à d'autres points de vue.

Parmi ces cas la loi allemande reconnaît les successions à cause de mort (art. 1922 et 1942 C. civ. ; art. 656 Cod. civ. suisse) (1) ; la dévolution des biens d'une association ou fondation dissoute (art. 45, 88 C. civ.) ; l'accroissement de la part d'associé sortant aux autres associés prévue par l'art. 738 du Code civil ; l'adoption par l'époux du régime de la communauté universelle, et de la communauté d'acquêts ; l'adjudication forcée (art. 90, loi sur la vente forcée) ; l'expropriation (2).

Toutes ces mutations doivent être portées aux livres fonciers d'abord pour que le nouveau titulaire du droit puisse en disposer ; c'est la conséquence du principe relatif de l'inscription. En second lieu cette inscription est indispensable pour les rendre opposables aux tiers, qui autrement seraient en droit de tenir comme non avenus les droits qui n'auraient pas été inscrits : c'est la conséquence du principe de la force probante ou de la foi publique, auquel nous venons.

107. 5° *Principe de la force probante et de la foi publique.* — Les énonciations du livre foncier sont présumées exactes et la présomption prend un caractère absolu (foi publique) au profit des tiers de bonne foi.

(1) Pour requérir l'inscription d'un droit en vertu d'une mutation par décès la loi allemande exige la production du certificat d'héritier (art. 2253 et s. Code civil all.) que l'héritier doit se faire délivrer par le tribunal de la succession (v. pour le certificat d'héritier en Alsace-Lorraine, n° 177).

(2) Morel, *Le régime foncier d'Alsace et de Lorraine*, n°s 73 et s., pp. 77 et s. ; pour une énumération complète, v. les commentaires de Plank et Standing sur l'art. 873.

La présomption d'exactitude et la foi publique attachée aux énonciations du livre foncier sont les principes les plus caractéristiques du système. Ils sont la conséquence la plus importante du principe de légalité : c'est en conséquence du contrôle du juge foncier que les droits réels sont vraiment consolidés au bénéfice de l'acquéreur, si l'immatriculation a été accordée, et que l'état de la propriété foncière reçoit une sécurité complète. « L'inscription d'un droit au livre foncier emporte présomption de l'existence du droit en la personne du titulaire. La radiation d'un droit inscrit au livre foncier emporte présomption de l'existence de ce droit » (art. 891, C. civ.).

Le principe de la foi publique est réglé par les art. 892 et 893 du Code civil. Par suite de ce principe, si celui qui est inscrit comme propriétaire d'un immeuble n'est pas le véritable propriétaire, les aliénations ou constitutions de droits réels qu'il consentira, n'en resteront pas moins valables à l'égard des tiers acquéreurs, qui pourront les opposer victorieusement au véritable propriétaire (v. art. 973 du Code civil suisse).

L'inscription peut être attaquée par le véritable propriétaire, mais elle devient un titre inattaquable au profit des tiers qui ont traité avec celui qui est inscrit indûment ; tandis que le véritable propriétaire se trouve dépossédé et il n'a qu'une action en dommages-intérêts contre celui que les livres fonciers désignent comme propriétaire.

S'il s'agit d'un droit dispensé d'inscription, celui-ci peut toujours être opposé aux tiers acquéreurs. Tel est le cas des restrictions apportées par la loi à la propriété foncière dans l'intérêt des voisins ou dans l'intérêt général ; tel est le cas des rentes prévues par les art. 914 et 917 du Code civil.

Les causes qui restreignent le droit de disposer du propriétaire doivent aussi être inscrites au livre foncier, faute d'être inopposables aux tiers acquéreurs (art. 892 C. civ.). Il en est ainsi de l'indisponibilité qui frappe le patrimoine du failli (loi sur la faillite, art. 6), l'interdiction provisoire d'aliéner ordonnée par le Tribunal au cas de l'art. 938 du Code de procédure, l'interdiction d'aliéner en cas de saisie ou d'administration forcée (loi sur la vente forcée, art. 23 et 148), la restriction au droit de disposer résultant de l'adoption du régime de communauté vis-à-vis des immeubles communs (art. 1445 C. civ.) ; la restriction au droit de disposer des choses héréditaires qui frappe l'héritier au profit

de l'arrière-héritier (art. 2113), la restriction qui frappe en certains cas l'héritier au cas de nomination d'un exécuteur testamentaire (art. 2211).

Parmi ces restrictions il ne faut pas compter toutefois les mesures qui frappent d'indisponibilité les biens de certains prévenus ou condamnés, d'après les lois pénales, qui sont opposables à tous, indépendamment de toute publicité. De même la restriction au droit de disposition de la femme vis-à-vis de son bien d'apport, sous le régime légal ainsi que sous la communauté d'acquêts et la communauté des meubles et acquêts (art. 1404, 1525 et 1550 C. civ.) est, par exception, opposable aux tiers, indépendamment de toute publicité.

Quant aux clauses d'inaliénation résultant d'une convention, il faut remarquer qu'elles ne peuvent être apposées aux tiers acquéreurs, même si ceux-ci en ont eu connaissance avant de traiter (art. 137 C. civ.), de sorte qu'on est en dehors du domaine d'application de la foi publique.

Quant à l'incapacité il faut remarquer que le livre foncier n'a pas le rôle de la faire ressortir, de sorte que le tiers acquéreur n'est pas protégé par le principe de la force probante contre les conséquences de l'incapacité de l'aliénateur ou du constituant d'une charge réelle. Mais si cet acquéreur cède lui-même son droit à un tiers, celui-ci est à l'abri de toute cause d'annulation pour cause d'incapacité, à la condition qu'il soit de bonne foi.

Toutefois, l'application du principe de la foi publique exige des conditions ; il faut que le tiers ait acquis un droit sur l'immeuble en vertu d'un acte juridique et que le tiers soit de bonne foi (art. 892). Le principe ne trouve donc pas d'application s'il s'agit d'acquisitions réalisées en vertu de la loi : l'héritier de celui qui est inscrit au livre foncier, mais qui n'est pas le véritable titulaire du droit ne peut pas se valoir de ce principe à l'encontre du véritable ayant droit. Mais s'il y a acquisition par acte juridique, il n'y a pas lieu de distinguer suivant que l'acte soit à titre onéreux ou à titre gratuit. Il y a là une innovation à la loi du 5 mai 1872.

Le tiers acquéreur n'a pas à démontrer sa bonne foi : c'est à son adversaire qu'il incombe de prouver que le tiers a eu connaissance de l'inexactitude du livre foncier, et « le moment à considérer au point de vue de la connaissance que l'acquéreur peut avoir eu de la situation véritable est celui du dépôt de la requête à fin d'inscription » (art. 892).

Cette même protection est étendue à la personne qui, en vertu d'un droit inscrit, exécute une prestation au profit de celui qui est désigné par le livre foncier comme titulaire du droit (art. 893).

108. *La protection du véritable ayant droit. Les contredits et les prénotations.* — L'application du principe de la force probante, si elle est de nature à protéger d'une façon définitive les tiers contre tout danger de clandestinité, d'autre part, elle peut constituer un danger contre le véritable ayant droit : le véritable propriétaire ou titulaire d'un droit réel dont le droit n'est pas inscrit peut se trouver évincé à la suite de l'aliénation consentie par celui que le livre foncier désignait indûment comme véritable propriétaire. Il est vrai qu'il garde une action personnelle fondée sur l'art. 816 pour contraindre le disposant à restituer tout ce dont il s'est enrichi au moyen de l'acte de disposition, et, au cas de disposition à titre gratuit, pour contraindre même le tiers acquéreur à restitution dans la mesure de son enrichissement ; mais il n'est pas moins vrai que le véritable titulaire du droit est sacrifié au profit des tiers.

Tout système de publicité absolue à force probante a, par conséquent, besoin d'un organe indispensable à la sauvegarde des droits des véritables ayants droit.

« Ni l'équité ni la raison, écrit M. Massigli, ne seraient satisfaites si les bénéficiaires de ces droits n'avaient pas le moyen de se prémunir contre l'effet des actes de disposition que consentirait un possesseur inscrit » (1).

Dans la loi allemande cette ressource nécessaire est d'une façon générale représentée par la faculté reconnue à tout intéressé d'obtenir la rectification du livre foncier dans le cas où les énonciations de ce dernier ne concorderaient pas avec la véritable situation juridique. Mais pour que cette sauvegarde soit effective, la loi admet des inscriptions provisoires, qui peuvent être définies une réserve d'inscription pour l'avenir : soit les contredits (*Widersprüche*) et les prénotations (*Vormerkungen*).

Le contredit a pour but de sauvegarder un droit réel, auquel préjudicie une mention inexacte du livre foncier ; la prénotation protège le titulaire d'un droit personnel (*Anspruch*) tendant à

(1) Massigli, Rapport, Procès-verbaux cités, fasc. 9, p. 142.

l'accomplissement d'une mutation immobilière. Ces moyens annoncent le droit qui doit être rendu public, ils le conservent provisoirement et conditionnellement contre ceux que des tiers viendraient à faire inscrire, et si ces inscriptions provisoires sont requises à juste titre leur date est celle où le droit du prénotant acquiert définitivement son rang.

Le contredit ne peut être inscrit qu'en vertu d'une décision judiciaire et si le droit du demandeur apparaît comme vraisemblable (art. 899, al. 2) ou du consentement de celui dont le droit serait atteint.

La prénotation est dirigée contre une mention exacte au bénéfice d'un titulaire d'une action capable d'anéantir un droit inscrit. L'art. 883 du Code civil dispose en effet qu'on peut faire inscrire au livre foncier une prénotation « pour garantir le droit à la constitution et à l'extinction d'un droit réel immobilier, ou d'un droit grevant un droit réel immobilier, ou à la modification du contenu ou du rang d'un pareil droit ». Cette faculté est attachée tout d'abord au créancier d'un droit réel par suite d'un acte obligatoire, qui ne suffit pas comme nous l'avons vu, à transférer la propriété à l'acheteur. Mais la prénotation garantit aussi un droit ayant sa source dans la loi, par exemple le droit à la restitution d'un immeuble, fondé dans l'enrichissement sans cause et elle peut avoir lieu même pour sûreté d'un droit éventuel ou conditionnel (art. 883). Puisque la dessaisine ne peut avoir lieu sous condition (art. 925) l'aliénateur sous condition résolutoire qui veut conserver ses droits sur l'immeuble pour le cas de réalisation de la condition, fera inscrire une prénotation. C'est ainsi que d'une manière générale, la prénotation garantit tout droit personnel de résolution, de rachat, de préemption.

Tout en ne conférant pas un droit réel à celui au profit de qui elle est inscrite, la prénotation garantit le droit du prénotant, qui ne peut plus être anéanti ou restreint par des actes de dispositions postérieures (art. 883, al. 2).

L'inscription de la prénotation, comme celle du contredit, n'a lieu qu'en vertu d'une décision judiciaire, soit du consentement de celui dont le droit est visé par la prénotation.

109. *La prescription.* — La loi allemande n'admet pas de prescription acquisitive (*Ersitzung*) à l'encontre du propriétaire inscrit au livre foncier et elle protège également les droits inscrits

contre l'extinction par le non-usage (*Verjährung*). La publicité au livre foncier équivalait à l'exercice du droit ; le non-usage n'est donc pas une cause d'extinction. Ce principe comporte toutefois certaines dérogations : au cas d'actions qui ont pour objet des prestations périodiques arriérées ou des dommages-intérêts ; au cas d'action en enlèvement de l'ouvrage mettant obstacle à l'exercice d'une servitude inscrite au livre foncier ; au cas d'acquisition de la propriété par voie de forclusion, en vertu d'un jugement de forclusion à la suite d'une procédure provocatoire, dans l'hypothèse qu'un immeuble soit resté durant trente ans entre les mains d'un tiers qui l'ait « possédé en propre » et que le propriétaire inscrit soit mort ou disparu et il n'ait été fait depuis trente ans aucune inscription au livre foncier qui ait exigé son consentement.

A l'inverse, la prescription peut servir à confirmer ses énonciations, lorsqu'elles ne correspondent pas à la situation juridique exacte (art. 900 C. civ.). De même l'art. 901 admet une prescription extinctive des droits réels, dans le cas où ceux-ci auraient été radiés indûment et en cas de défaut d'inscription d'un droit réel résultant de la loi elle-même.

110. *Le registre matrimonial.* — Le régime de la publicité par livres fonciers est complété en Allemagne et en Suisse par un régime de publicité du contrat de mariage. Ce contrat, étant une charte appelée à régler tous les rapports des époux avec les tiers, doit être porté à la connaissance de ceux-ci. Dans les législations allemande et suisse, cette publicité est d'autant plus nécessaire que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales n'est pas édicté et les époux peuvent au contraire modifier ces conventions durant le mariage. C'est ainsi que le Code civil allemand (art. 1558 à 1563) et le Code civil fédéral suisse (art. 248 à 251) ont institué un registre matrimonial, tenu, en Allemagne par le juge de baillage, en Suisse par le fonctionnaire préposé au registre du commerce, que toute personne a le droit de consulter et dont elle peut se faire donner des extraits. En principe on y doit mentionner toutes les clauses que les époux prétendent opposer aux tiers : l'opposabilité aux tiers est subordonnée à l'inscription au registre matrimonial. A défaut de mention portée au registre, quiconque est fondé à considérer les époux comme soumis au régime légal de droit commun. L'inscription est faite au registre du domicile du mari ; à chaque changement de domicile les époux

doivent prendre une inscription nouvelle sur le registre de leur nouveau domicile. Ce registre joue un rôle important pour les biens réservés de la femme. Un bien de la femme n'acquiert à l'égard des tiers la qualité de réservé, qu'à la condition que mention ait été faite sur le registre.

III. *Le régime hypothécaire.* — Les mêmes principes dominent également le système hypothécaire allemand, qui ne constitue pas un système à part, mais qui fait partie du système foncier que nous venons d'exposer. L'hypothèque ne prend naissance que par l'inscription au livre foncier. Les conventions ne confèrent, même dans les rapports des parties entre elles, qu'un titre à l'inscription : l'inscription seule y attache le droit réel.

C'est ainsi que la législation allemande ignore les privilèges immobiliers ; elle ne connaît non plus l'antichrèse. Mais même par rapport à l'hypothèque la différence est grande avec le système français.

A côté de l'hypothèque de sûreté (*Sicherungshypothek*, art. 1184 à 1190), qui se rapproche le plus à l'hypothèque française en ce qu'elle est strictement accessoire d'une créance dont elle sert à assurer l'exécution, le Code allemand régit l'hypothèque négociable ou hypothèque ordinaire (*Verkehrshypothek*) qui peut être sans cédule ou avec cédule, et la dette foncière (*Grundschuld*), qui constituent des instruments de crédit et elles ne présentent pas le caractère accessoire à la créance. Ces institutions se rattachent aux cédules hypothécaires instituées par la loi du 9 messidor an III, dont nous avons déjà expliqué le mécanisme (1). En effet, ce système qui a échoué en France réapparut en Allemagne, où la loi du 5 mai 1872 institua des bons fonciers, qui furent ensuite généralisés par la loi fédérale du 24 mars 1897 instituant les livres fonciers.

Ces bons fonciers étaient des assignats limitatifs sur un immeuble déterminés, cessibles comme des effets de commerce. Le propriétaire, quand il avait besoin d'argent les négociait. Le juge foncier était tenu d'inscrire sur les bons les différents prix de cession de l'immeuble pendant les dix premières années, de donner à chaque bon un numéro d'ordre, et d'y mentionner la quotité des bons anté-

(1) V. n° 96.

rieurement souscrits. Cette institution fut reprise par le Code civil qui multiplia les formes de l'engagement de l'immeuble.

La dette foncière (*Grundschild*) réalise le maximum d'indépendance de toute créance garantie. Il s'agit d'une véritable hypothèque abstraite : elle est, d'après l'art. 1191, « une charge en raison de laquelle un immeuble est tenu, au profit de l'ayant droit, du paiement d'une certaine somme. Elle peut être productive d'intérêts ». La dette foncière ne peut être constituée avec cédule ou bon foncier (*Grundschildbrief*). Le propriétaire peut se faire délivrer la cédule foncière à son nom, comme dans la loi de messidor, et la négocier comme un effet de commerce (1).

Entre ces deux formes extrêmes, l'hypothèque de sûreté et dette foncière, l'hypothèque ordinaire ou négociable d'un côté est attachée à la sûreté d'une créance, avec laquelle elle doit être cédée et sans laquelle elle ne peut être cédée (art. 1153), mais par ailleurs elle constitue un droit indépendant, dépouillé de tout caractère accessoire.

Pour donner toute sécurité aux tiers acquéreurs de cette hypothèque et les mettre à l'abri de toute cause de nullité ou d'extinc-

(1) Le Code civil suisse, qui part, lui aussi, du double principe de la spécialité et de la publicité (art. 794, 796, 799), institue, à côté de l'hypothèque accessoire, les cédules hypothécaires (art. 842). Chaque propriétaire a le droit de se faire délivrer des cédules par le Conservateur du registre foncier, soit à son nom, soit au porteur (art. 859). A cet effet, la législation de chaque canton peut prévoir une estimation officielle des immeubles, rendre cette estimation facultative ou obligatoire, et prescrire que les cédules ne seront créées que pour une somme inférieure à cette estimation. Le propriétaire pourra émettre les cédules quand il voudra et il pourra exiger, quand il rembourse l'endossataire ou le porteur que celui-ci restitue le titre non annulé, pour l'employer plus tard de nouveau (art. 873).

Dans ce système, le propriétaire, après avoir grevé une fois pour toutes son immeuble d'une garantie attachée aux cédules mises à sa disposition, pourra recourir au crédit suivant ses besoins sans avoir de frais à payer ni d'inscriptions nouvelles à prendre chaque fois qu'il remettra en circulation des cédules après les avoir retirées de la circulation.

De plus, le Code civil suisse a donné aux emprunteurs la facilité de s'adresser à des créanciers multiples en autorisant l'émission de parts foncières nominatives ou au porteur, garanties globalement par une hypothèque ou une cédule hypothécaire unique, et en autorisant également l'émission de cédule hypothécaire en séries, portant chacune un numéro d'ordre et d'un montant égal (cent francs ou un multiple de cent, art. 876).

tion de la créance garantie opposée par le propriétaire de l'immeuble, la loi allemande a pensé à étendre le principe de la foi publique non seulement à l'hypothèque mais à la créance garantie.

L'hypothèque de garantie est celle qui se rapproche le plus de l'hypothèque française. Elle est en effet un droit accessoire qui se modèle sur la créance à laquelle elle est attachée. Le propriétaire de l'immeuble grevé peut opposer au titulaire de l'hypothèque toutes les exceptions résultant de la nullité ou de l'extinction de la dette garantie. L'inscription au livre foncier ne confère à l'acquéreur de l'hypothèque aucune sécurité en ce qui concerne l'existence de cette dette (art. 1184).

Elle peut résulter de la volonté du propriétaire de l'immeuble pour garantir une obligation personnelle ou la dette d'un tiers. En cas de constitution de cette hypothèque à la garantie d'une obligation au porteur, l'hypothèque peut résulter d'une déclaration unilatérale du propriétaire (art. 1188) suivie de l'inscription au livre foncier.

Il importe d'ajouter qu'un immeuble peut être grevé d'une hypothèque de garantie sans le consentement du propriétaire, dans certains cas qu'on peut rapprocher de l'hypothèque judiciaire et de l'hypothèque légale française. Toutefois il faut remarquer que si la loi donne un titre légal à l'inscription d'une hypothèque, celle-ci ne prend naissance qu'à la suite de l'inscription, qui est d'ailleurs soumise au principe de spécialité.

Il en est ainsi pour l'hypothèque d'exécution forcée (*Zwangshypothek*) concédée, par les art. 866 et s. du Code de procédure, à tout créancier muni d'un titre exécutoire d'une créance de somme d'argent dont le montant dépasse 300 marks ; pour l'hypothèque de contrainte (*Arresthypothek*) qui peut être ordonnée par la Justice sur requête du créancier d'une somme d'argent ou d'un droit qui peut être converti en une créance de somme d'argent, à la condition que le droit et le motif de la contrainte apparaissent fondés, lorsqu'il est à craindre que, sans cette mesure, l'exécution du jugement, et d'une façon générale des droits du créancier soient éludée ou rendue sensiblement plus difficile (art. 917 C. pr. civ.).

De même l'art. 648 du Code civil accorde à l'entrepreneur d'une construction le droit d'exiger la concession d'une hypothèque de garantie sur l'immeuble, en s'adressant à la justice et en inscrivant, provisoirement, une prénotation. En cas d'adjudication sur expropriation forcée, le notaire peut ordonner l'inscription d'une hypo-

thèque de garantie sur l'immeuble adjudgé. Le Tribunal des tutelles, enfin, peut ordonner l'inscription d'une hypothèque de garantie sur les immeubles d'un tuteur ou d'un curateur (art. 1844-1915, C. civ.).

A la différence du droit français, l'usufruit n'est pas susceptible d'hypothèque. Au cas où les objets soumis à l'hypothèque sont assurés, l'hypothèque s'étend à la créance contre l'assureur. Le paiement de l'indemnité fait à l'assuré n'est pas valable au regard du créancier hypothécaire que si l'avis du sinistre lui a été donné et si un mois s'est écoulé sans opposition du créancier (art. 1127-1128 C. civ.).

Une hypothèque de garantie peut être constituée pour sûreté d'une obligation au porteur ou d'une valeur cessible pour endossement, c'est-à-dire d'une créance à ordre.

Nous avons déjà dit qu'aucune péremption n'atteint l'inscription et que, d'autre part, on ne prescrit pas contre les énonciations du livre foncier (art. 902). Mais un créancier hypothécaire peut être déclaré forclos par voie de procédure provocatoire (art. 1170 et 1171) lorsque le créancier est inconnu, si le propriétaire de l'immeuble durant le délai de dix ans depuis la dernière inscription ou depuis le jour de l'échéance de la créance n'ait pas reconnu le droit du créancier, ou si le dit propriétaire consigne le montant de la créance.

En ce qui concerne l'exercice des droits hypothécaires lorsque le tiers détenteur de l'immeuble n'est pas personnellement obligé à la dette, la loi ne lui confère pas le bénéfice de discussion. De plus la loi allemande n'admet pas la purge des hypothèques.

Le créancier a trois moyens d'exercer son droit sur l'immeuble : l'inscription d'une hypothèque de garantie qui n'a pas d'intérêt pour un créancier déjà muni d'hypothèque ; la vente forcée aux enchères et l'administration forcée.

La procédure d'exécution forcée est réglée en Allemagne par la loi du 24 mars 1897. Elle est régie par deux principes fondamentaux : le principe de la couverture et le principe du maintien des hypothèques après adjudication. 1° L'autorité qui dirige la procédure doit fixer la mise à prix de telle sorte qu'elle couvre au minimum tous les frais de procédure et les créances préférables à celles du créancier poursuivant ; 2° Les hypothèques qui sont couvertes par l'enchère minimum ayant un rang préférable ne s'éteignent pas, mais elles continuent à grever l'immeuble entre les mains de l'adjudicataire.

L'adjudication ne vaut pas purge des hypothèques. Dès lors l'adjudicataire conserve la partie du prix qui couvre le montant des créances hypothécaires préférables à celles du créancier poursuivant, étant exposé à l'action hypothécaire à leur échéance ; il paie seulement les frais de la procédure, les créances privilégiées, et la partie du prix dépassant l'enchère minimum. La même loi règle aussi la distribution du prix.

L'administration forcée prive le propriétaire de l'administration et de la jouissance de son immeuble et permet aux créanciers de se payer sur les revenus de l'immeuble.

Nous avons déjà dit que le droit allemand n'admet pas la purge des hypothèques. Au cas d'aliénation volontaire l'acquéreur ne peut imposer le remboursement aux créanciers dont le droit n'est pas échu. Dès lors l'acquéreur prendra à sa charge le passif hypothécaire en déduction de son prix. S'il rembourse les créanciers dans les limites de son prix, il acquiert l'hypothèque sur son propre bien et il est garanti par la règle de l'enchère minimum, de sorte que si un créancier postérieur provoque la mise aux enchères, l'acquéreur sera certain de rentrer dans ses fonds.

112. *Act Torrens* (1). — Ce système dont nous avons déjà indiqué l'origine (2), repose comme les systèmes que nous venons d'examiner, sur une immatriculation ayant force d'investiture publique. L'immatriculation a pour but d'établir le droit de propriété de sorte que le propriétaire soit à l'abri de toute revendication ou de tout droit réel antérieur non inscrit. Elle est facultative. Lorsque le propriétaire la réclame le Registrar général examine les titres et organise une publicité destinée à mettre en demeure de se

(1) Léon Estivant, thèse, Paris, 1899 ; René Viollette, thèse, Paris, 1900 ; Ch. Gide, *Bull. de la Soc. de lég. comparée*, 1886, p. 288 ; Besson, *op. cit.*, p. 338. — Ce système a été introduit par la France en Tunisie en 1885 (L. 5 juillet 1885, mod. L. 16 mai 1886, 6 nov. 1888, 15 mai 1892) et avec certaines modifications dans un grand nombre de Colonies Françaises : Madagascar (D. 16 juillet 1897 et 4 février 1911), Congo Français (D. 28 mars 1899), Sénégal (D. 20 juillet 1900), Afrique Occidentale Française (D. 24 juillet 1906), Cochinchine (D. 21 juillet 1905, *J. Off.* 28 juillet), Maroc (Dahirs du 12 août 1913 et du 2 juin 1915). En Algérie, une loi du 16 février 1897 a institué une procédure de purge destinée à consolider le titre du propriétaire et à préparer l'introduction des livres fonciers ; mais celle-ci, depuis longtemps à l'étude, n'a pas encore abouti (Pouyanne, *La propriété foncière en Algérie*, thèse, Paris, 1909).

(2) V. n° 102.

révéler ceux qui prétendraient avoir des droits sur l'immeuble. Après quoi le Registrar procède à l'immatriculation au moyen de la rédaction d'un certificat de titre qui est dressé en double, sur parchemin ou sur papier très fort, contenant la description de l'immeuble, avec l'indication des charges qui le grèvent, hypothèques, baux, rentes foncières ou autres droits réels conservés par la voie de l'opposition. L'immeuble y est, en outre, figuré sur un plan colorié, établi au recto du titre. L'un des doubles forme un feuillet du registre matrice, l'autre signé et scellé par le Registrar général est remis au propriétaire et il constitue, à lui seul, le droit du porteur, dont le transfert s'opère dorénavant dans des conditions tout à fait comparables à celles de la cession d'un titre nominatif de rente sur l'Etat.

Le propriétaire, d'accord avec son ayant cause, remplit une formule imprimée qu'il envoie avec son certificat à l'Administration. Celle-ci inscrit la charge nouvelle et lui renvoie cette pièce. En cas d'aliénation le certificat est remplacé par un autre. Cette procédure est suivie en ce qui concerne les autres conventions et faits juridiques quelconques concernant la propriété foncière, tels que le bail, l'hypothèque, les transmissions par contrat de mariage, par testament, par succession ou par jugement. Mais bien qu'en principe l'hypothèque (mortgage) ne puisse se constituer que par l'inscription, on a imaginé un mode plus simple en vue de faciliter les emprunts. L'emprunteur remet au prêteur avec l'obligation hypothécaire son certificat de propriété : le créancier est ainsi certain que le propriétaire ne pourra pas disposer de son immeuble ; et il peut en outre faire défense au bureau des titres d'inscrire aucun droit sur l'immeuble pendant un certain délai. Si, avant l'échéance du terme indiqué dans l'opposition, le débiteur s'est libéré, le créancier lui restitue son certificat de titre : s'il ne paie pas il a le droit de faire procéder à l'inscription de son droit.

L'action en revendication contre le titulaire du certificat de propriété, n'est, par exception, recevable que dans les cas d'immatriculation frauduleuse opérée, d'erreur de bornage, ou lorsque l'action émane d'un propriétaire porteur de certificat de titre antérieur. Dans les autres cas il ne reste à la personne lésée qu'une action en indemnité contre celui qui a profité de l'erreur, et subsidiairement contre le fonds d'assurance institué à cet effet, ou contre l'Etat. Même dans les cas où l'action en revendication est recevable, elle ne peut jamais réfléchir contre les tiers de bonne foi.

On remarque que ce système donne lieu à plus de fraudes et de surprises par suite des facilités très grandes qu'il offre aux mutations et on s'accorde à reconnaître qu'il ne peut guère convenir qu'à des pays neufs. Il a en effet échoué en Irlande où on l'avait introduit et en Tunisie ce système, d'ailleurs très mitigé, n'a pas donné, surtout au début, toutes les satisfactions attendues (1).

SECTION II

L'œuvre de la Commission extraparlamentaire du Cadastre

113. *Les principes essentiels du projet.* — Le rapport dans lequel le Ministre des Finances exposait, au moment de la création de la Commission extraparlamentaire du Cadastre, le programme qu'elle aurait à remplir, indiquait nettement la tâche de cette commission dans l'institution en France d'un système de livres fonciers analogue à celui que nous venons d'exposer, en usage dans plusieurs pays étrangers : et c'est dans cette voie que la Commission s'engagea nettement.

La sous-commission juridique, sur rapport de M. Massigli (2) aboutit à un avant-projet qui proposait de substituer aux registres des transcriptions et des inscriptions un système de publicité réelle consistant à ouvrir, sur un feuillet du livre foncier, un compte à chaque unité foncière déterminée par le cadastre renouvelé et mis à jour, et à grouper dans ce compte, au moyen d'inscriptions sommaires, tous les renseignements relatifs à l'état juridique de l'immeuble. C'était donc d'abord la réalisation du principe de publicité, avec l'abolition de toute confusion, et la facilité assurée aux recherches, même à celles qui prendraient pour base le nom des propriétaires, parce qu'à côté du livre foncier le projet organisait un répertoire alphabétique, avec le nom des propriétaires, faisant connaître chacun de leurs immeubles par le numéro sous lequel il serait immatriculé dans le livre foncier. Sur ce feuillet devaient

(1) A. Colin et Capitant, I, n° 938 ; Gouyon, *Le système des Livres Fonciers en Tunisie*, thèse, Paris, 1909 ; Théo Prat, *Le procès du titre foncier tunisien*, thèse, Paris, 1910 ; Arthur Girault, *Principes de législation et de législation coloniale*, 5^e éd. V. 3^e partie, n°s 246 et s.

(2) Massigli, Rapport général, Procès-verbaux cités, fasc. 9, pp. 61 et s. ; v. le texte définitif de l'avant-projet, fasc. 9, p. 843.

être inscrits tous les actes juridiques dont l'immeuble était l'objet, mutation par décès aussi bien qu'entre vifs, actes déclaratifs aussi bien que translatifs, restrictions aux droits de disposer. Dans ce régime la publicité n'avait pas pour but de faire connaître les constitutions et transmissions de droit, auxquelles elle s'appliquait : elle les consolidait encore, tout au moins lorsqu'il s'agissait d'actes entre vifs, en attachant, dans l'intérêt des tiers de bonne foi, aux énonciations du livre foncier, une autorité positive, une force probante, véritable présomption irréfragable de l'existence et de la légitimité des droits dont le feuillet foncier relatait la constitution ou le transfert.

Étant indispensable que la force probante ne fût reconnue qu'à des énonciations exactes, toute inscription était en conséquence subordonnée à un contrôle du fonctionnaire préposé à la tenue du registre, contrôle portant, sinon sur le fond même de l'acte juridique, servant de base à l'inscription, du moins sur l'existence d'un titre d'acquisition, sur l'identité des parties, la capacité de l'aliénateur, et sur la disponibilité de l'immeuble ou du droit d'après les données du registre foncier.

La même sous-commission juridique, sur rapport de M. Challamel (1), aboutissait à un avant-projet sur la réforme des sûretés réelles, coordonné avec le système de publicité du livre foncier, dont les traits caractéristiques sont les suivants (2) : Plus d'hypothèques occultes : toutes les hypothèques sans exception, même l'hypothèque légale du mineur et de la femme mariée, étaient soumises au principe essentiel de la publicité.

Plus d'hypothèques générales : toutes les inscriptions devaient être spécialement prises pour une somme déterminée, sur l'immeuble affecté à la garantie du droit. Les hypothèques légates conservaient, en principe, leur caractère de généralité ; mais, pour être inscrites elles devaient être spécialisées et ne pouvaient sans cela, produire aucun effet.

Application des mêmes principes aux privilèges immobiliers, qui, désormais ne seraient conservés que par l'inscription, à l'exception du privilège des frais de justice, qui, par sa nature même échappe à toute formalité.

(1) Challamel, Rapport général, Procès-verbaux cités, fasc. 7, p. 61 ; v. le texte définitif de l'avant-projet, fasc. 9, p. 823.

(2) Challamel, Rapport cité, fasc. 7, p. 6.

Réalisation de l'inscription au moyen d'une écriture sommaire dans la colonne réservée à cet effet au feuillet de l'unité foncière ; d'où résulterait la disparition des états d'inscription qui sont levés actuellement sur toute une série de personnes.

Suppression du privilège du Trésor sur les biens des comptables, et subordination des privilèges généraux aux hypothèques et aux privilèges immobiliers.

Abrogation de l'hypothèque sur biens à venir, ainsi que de l'hypothèque judiciaire, la plus mortelle ennemie du crédit hypothécaire.

Création de bons hypothécaires, transmissibles par endossement, et dégagés d'avance des causes de nullité ou d'extinction qui s'opposeraient à leur circulation facile.

Pérennité des inscriptions, qui ne s'étendraient plus désormais que par la radiation.

Modification des règles de la purge, en ce que les créanciers à terme ne seraient plus contraints de recevoir du tiers acquéreur le remboursement anticipé de leurs créances et que, de son côté, le tiers acquéreur ne serait plus obligé de le leur offrir.

114. *Précisions. L'application du principe de l'inscription et les modalités de l'inscription.* — Ces principes demandent des précisions. Nous ne pouvons pas discuter en détail l'œuvre admirable de la Commission extraparlamentaire du cadastre à laquelle participèrent outre les rapporteurs généraux, MM. Cheysson (Cadastre), Challamel (privilèges et hypothèques), Massigli (livres fonciers), Alfred Neymarck (voies et moyens), et ses présidents, MM. Boudenoit, Poincaré, Paul Delombe, les éminents juristes MM. Bénac, Besson, Boujean, Boutin, Bufnoir, Delatour, Durand-Claye, Fabre, Faye, Flour de St-Genis, Fravabon, Fernand-Faure, Léon Michel, Worms, Yves-Guyot, pour ne pas citer que les membres les plus représentatifs.

Nous devons encore une fois rappeler que, ainsi que l'énonçait le président de la séance de clôture, M. Paul Delombe, ces travaux restent une mine inépuisable de documents et d'enseignements de tous genres, même abstraction faite de leurs conclusions (1). Nous devons, par suite, limiter notre analyse aux traits les plus caractéristiques.

(1) Procès-verbaux, fasc. 9, p. 811.

Tout d'abord une première discussion doit retenir notre attention, car elle demeure à l'ordre du jour même dans les discussions des projets qui rejettent les principes du livre foncier pour se tenir tout simplement à la réforme du système actuel de la publicité personnelle ; celle du maintien du principe du transfert de la propriété par simple consentement.

M. Massigli dans son premier rapport au Comité de rédaction et d'études (1) écrivait qu'avant de rompre avec un principe qui n'est pas d'hier, qui s'est lentement dégagé dans l'histoire du droit français, et où l'on reconnaît l'application d'une idée plus haute, la liberté des contractants, il fallait se demander si cette rupture était nécessaire et il arrivait à la conclusion que la sous-commission n'avait pas aperçu qu'il en fût ainsi, d'abord parce que la publicité n'offre vraiment d'intérêt que pour les tiers et, en outre, pour une considération qui, aujourd'hui encore, compte beaucoup de partisans.

Le rapporteur ne se cachait pas que l'omission de la transcription n'étant pas sanctionnée aujourd'hui que par l'inefficacité du titre de l'acquéreur à l'égard de certains ayants cause de l'aliénateur, il arrive que les ventes ne sont pas soumises à la publicité et qu'il entre par elles dans la circulation des droits de propriété précaires, dont l'imperfection ne se révèle parfois qu'après un certain nombre de mutations, en apportant le trouble dans des situations qui paraissent acquises. Mais il observait qu'il n'est pas besoin pour remédier à cet état de choses d'aller jusqu'au principe qui fait dépendre de la publicité la transmission entre les parties. Il suffirait de donner à l'acquéreur un intérêt plus grand à faire inscrire son droit et de subordonner l'inscription de toute mutation nouvelle à celle de la mutation précédente, en adoptant le principe qu'aucun droit ne peut être inscrit du chef d'une personne dont le titre n'est pas mentionné, au moins par une prénotation, au livre foncier.

Il s'agit, comme on le voit bien, du principe relatif de l'inscription dont nous avons parlé à propos des systèmes germaniques. Et, en effet, c'est à la législation prussienne, elle-même, qui pourtant reconnaît le principe absolu de l'inscription, qu'on faisait recours, en rappelant que lorsque la loi prussienne a voulu rendre

(1) Annexe aux procès-verbaux de la séance du 2 juin 1892, Procès-verbaux, fasc. 2, p. 541

certaine l'inscription des droits réels acquis par voie de succession ou par tous autres modes exclusifs d'une investiture volontaire, a dû faire recours à ce moyen, en dépouillant, en quelque sorte la propriété de sa valeur marchande aussi longtemps que l'acquéreur n'aurait pas rendu public son titre d'acquisition : jusque-là elle interdit, en règle générale, toute aliénation ou constitution de droits réels (1).

Pendant la discussion du projet M. Worms saisit la sous-commission juridique d'une proposition tendant à l'abandon du principe qui reconnaît à la convention toute nue la force de déplacer la propriété et de créer des droits réels et à l'adoption du principe germanique presque dans les mêmes termes que la première des lois prussiennes du 5 mai 1872 (2). Mais cette proposition fut repoussée par la sous-commission, de sorte que l'avant-projet rédigé par le Comité de révision maintint la règle traditionnelle. Son auteur, M. Massigli, observait cependant dans son nouveau rapport que le principe consistant à faire de la publicité une condition essentielle du transfert, même entre parties, gagnait de plus en plus les législations modernes et montrait ouvertement combien il est préférable au point de vue du bon ordre de la propriété, en faisant ressortir les dangers du système actuel d'une manière saisissante : « Que par l'imprévoyance ou l'incurie d'un acheteur une vente ne soit pas rendue publique, il peut entrer ainsi dans la circulation un droit de propriété imparfait, dont la fragilité ne se révélera peut-être qu'à la suite de plusieurs mutations et qui s'évanouira sur la revendication d'un tiers ayant cause du premier vendeur, en laissant les divers acquéreurs aux prises dans une série d'actions et de recours plus ou moins efficaces » (3).

Il ajoutait : « Le principe qui ferait de l'inscription une condition absolue de la transmission contractuelle empêcherait désormais cette formation d'une propriété inférieure à côté de celle qui recevrait la consécration du registre public » (4).

Dans la séance du 8 mars, où le rapport à la sous-commission fut présenté, M. Worms retourna à la charge et M. Massigli déclara

(1) Lois du 5 mai 1872, L. I, art. 5 ; Loi autrichienne du 25 juillet 1871, §§ 21 et s., v. n° 106 et 249 ; Massigli, Rapport Procès-verbaux, fasc. 2, p. 544.

(2) Séance du 16 juin 1892, Procès-verbaux, fasc. 2, pp. 599 et s.

(3) Massigli, Rapport général, Procès-verbaux, fasc. 9, n° 8, p. 64.

(4) Massigli, *loc. cit.*

ouvertement que son rapport devait être interprété dans le sens que lui personnellement, n'était pas avec la majorité du Comité de révision (1), mais il ajouta que, le principe du transfert par simple consentement étant solidement établi, il serait difficile de le déraciner et qu'il était par conséquent préférable de corriger ses inconvénients sans les heurter de front (2). A la suite d'un long débat l'amendement de M. Worms, combattu notamment par M. Challamel, fut rejeté par sept voix contre six (3).

La discussion fut reprise dans la séance du 7 juin 1900. M. Worms avec beaucoup d'éloquence montra pourquoi il était nécessaire « qu'à l'opération tout intellectuelle et mentale vint s'ajouter, pour la solemniser en quelque sorte, une opération à ciel ouvert s'accomplissant avec l'intervention du Conservateur du livre foncier » ; pourquoi la convention ne devait pas être isolée de l'inscription dès que l'on reconnaissait que celle-ci répond à un besoin social ; il montra comment la subordination absolue de tout effet translatif à la formalité soit la seule règle qui assure complètement l'observation de la publicité dont elle porte en elle la sanction la plus énergique et la moins odieuse à la fois. A la suite d'un long débat l'amendement de M. Worms, appuyé par M. Besson (4) obtint l'adhésion d'une grande majorité (5) et les articles qui portaient la trace du principe traditionnel furent remaniés en conséquence (6).

Il ne faut cependant pas croire que la Commission ait proposé d'introduire la distinction du contrat obligatoire et du contrat réel du Code civil allemand. La conception d'un contrat abstrait d'aliénation a quelque chose d'artificiel qui ne correspond pas à la volonté des parties et la Commission n'a nullement pas songé à y faire allusion.

Dans la première proposition de M. Worms, rédigée à peu de chose près, d'après la disposition de la loi prussienne, l'institution d'une formalité semblable à la déclaration de saisine devant le juge conservateur y était visée, en cas d'une transmission volontaire

(1) Procès-verbaux, fasc. 9, p. 43.

(2) *Ib.*, p. 44

(3) *Ib.*, p. 53.

(4) M. Besson avait soutenu la thèse contraire dans son ouvrage cité, p. 468.

(5) Onze voix contre deux, Procès-verbaux, fasc. 9, p. 364.

(6) Séance du 5 juillet 1900 ; Procès-verbaux, fasc. 9, p. 413 ; art. 10 du texte définitif, p. 845.

de la propriété, et en cas de tout autre transfère la production d'une pièce authentique propre à justifier la demande d'inscription. Le droit du créancier d'un immeuble à obtenir l'investiture ou l'inscription était sauvegardé au moyen d'une prénotation.

Mais la commission ne s'engagea pas dans cette voie. Il fut question d'exiger que les contrats translatifs de propriété fussent passés devant notaire et le Rapporteur général M. Massigli était favorable à cette solution. En effet dans cette hypothèse il eût été possible d'admettre que l'inscription eût lieu sur la simple présentation du seul contrat de mutation et on aurait mis obstacle aux reventes frauduleuses dans le temps qui sépare la conclusion de la vente et l'inscription, car on aurait donné à l'acheteur le moyen de sauvegarder tout de suite ses droits en requérant immédiatement l'inscription. On remarqua que l'authenticité présente en outre bien d'autres avantages en simplifiant le fonctionnement du livre foncier, car elle assure la vérification de la qualité et de la capacité des parties par les officiers publics chargés de recevoir les actes et elle permet d'alléger de cet objet le contrôle préalable auquel le Conservateur doit nécessairement soumettre la demande d'inscription. La Commission ne se rangea pas à ces considérations et, pour un souci excessif de la question des frais et honoraires ne voulut pas interdire l'accès des livres fonciers aux actes sous signatures privées.

Le projet ignore l'intervention du Conservateur à l'acte juridique du transfert : l'inscription s'opère en vertu d'un acte ou d'une pièce écrite établissant la mutation et au moyen d'un bordereau que tout requérant est tenu de déposer entre les mains du Conservateur. Ce bordereau est un acte de réquisition qui contient la substance de l'inscription et dont les énonciations se réduisent au strict nécessaire. Il peut être dressé au choix des parties où en forme authentique, ou sous leur seule signature. Le bordereau authentique est celui que dresse un officier public, en conséquence d'un acte existant dans ses minutes : le bordereau sous seing-privé exige la double signature des deux parties.

On peut remarquer tout de suite que ce système offre le grave inconvénient qu'après une vente, par exemple, le vendeur pourra se refuser à signer le bordereau et mettre ainsi obstacle à la réalisation de l'inscription. Il est vrai que si les parties ont le soin de dresser le bordereau au moment même, où l'acte de vente sera souscrit, l'acte même ne manquera pas de produire les effets vou-

lus par les parties : mais toujours est-il que la convention produit par elle seule l'effet d'obliger le vendeur à procurer à l'acheteur la chose vendue et aussi longtemps que l'inscription ne soit pas accomplie il y a place à une violation de la foi promise. D'autre part, il ne faut pas penser que la nécessité pour les parties de recourir à la publicité supprimerait pour l'une d'elles le droit personnel de convier l'autre à se présenter chez le conservateur, d'obtenir un jugement qui permettrait d'obtenir inscription contre le gré du vendeur qui se refuserait à donner les signatures nécessaires pour l'accomplissement de la formalité. Il trouverait en tout cas, provisoirement dans la prénotation, le moyen de sauvegarder le droit qu'il tiendrait de son contrat (1).

Le système du projet, en s'éloignant du système allemand du contrat abstrait d'aliénation, se rapproche du système du Code civil suisse (2), mais il fait un pas en avant en supprimant aussi le consentement à inscription, tout au moins par rapport aux mutations résultant d'actes authentiques.

Nous avons déjà dit qu'en n'interdisant pas l'accès au livre foncier aux actes sous seing privé, le projet a rendu beaucoup plus difficile le contrôle préalable que la loi doit exiger du conservateur (principe de la légalité) à justifier la force probante vis-à-vis des tiers, qui est le but le plus important du système. Nous avons à retourner sur cette question.

Mais il nous faut d'abord examiner de plus près l'étendue d'application et les effets de la publicité organisée par ce système.

115. *L'étendue d'application de la règle de la publicité.* — Le problème de la détermination de l'étendue d'application de la règle de la publicité dans un système qui consiste proprement à subordonner la valeur des droits, à l'encontre des tiers, à la publicité qu'ils ont reçue, est rendu délicat par la nécessité de sauvegarder ceux qui ne sont pas immédiatement admissibles à l'inscription.

Si, en principe général, les tiers sont protégés par la publicité qui consolide les droits relatés par les registres, et ils se trouvent par là-même à l'abri de toute surprise, il serait contraire à la raison et à l'équité de ne pas ménager aux droits du véritable pro-

(1) Massigli, Rapport n° 179, Procès-verbaux, fasc. 9, pp. 131-132. Interprétation du Président, M. Poincaré, dans la séance du 7 juin 1900, de la proposition de M. Worms, acceptée par la Commission. Procès-verbaux, fasc. 9, p. 364.

(2) V. n° 104.

priétaire un moyen de protection contre l'effet des actes de disposition que pourrait consentir le possesseur. C'est ainsi qu'à côté de l'inscription qui constitue le moyen ordinaire de réaliser la publicité, le projet organise la prénotation.

D'une manière générale la règle de la publicité est étendue à tous les actes et à tous les faits juridiques qui déplacent ou modifient la condition juridique de la propriété foncière, et nous avons déjà dit comment ce principe est assuré par le principe relatif de l'inscription. Tout ce qui est transmission, constitution, déclaration, modification, extinction des droits réels est compris par cette règle, qui se dégage et de l'art. 8 et des art. 25 et 26 du projet définitif : l'art. 8 visant les actes entre vifs, les art. 25 et 26 les mutations à cause de mort.

Le principe étant ainsi posé en termes généraux, d'autres articles en font des applications spéciales à des faits, à des actes ou à des conventions dont il importait de s'occuper d'une façon particulière. Tout d'abord il s'agit d'affirmer l'application du principe de la publicité dans le cas où la loi actuelle laisse place à des doutes qu'il faut dissiper : c'est ainsi que le projet exige la publicité des actes et jugements portant cession ou règlement de mitoyenneté, pour trancher la controverse exposée par nous au n° 14 (art. 9, 1°) ; des actes et jugements réglant le mode d'exercice d'une servitude légale ou les charges d'indemnité auxquelles elle peut donner lieu (art. 9, al. 2). Ces charges prennent définitivement, d'après le projet, le caractère de charges réelles et elles sont soumises à la publicité. La publicité des servitudes naturelles n'est pas exigée.

La limite où commence la nécessité de la publicité des baux (v. n° 15) est abaissée à douze ans et celle des paiements ou cessions de loyers ou fermages non échus à une année (art. 9, 3° et 4°).

De plus, le projet exige la publicité des baux de moindre durée ou de leurs renouvellements toutes les fois qu'ils impliquent disposition de la jouissance de l'immeuble pour une période de temps dont le terme dépasse l'expiration de la douzième année à compter de la date à laquelle ils sont consentis (art. 9, 3°) (1).

Hors les cas où un contrat de mariage doit être inscrit au livre foncier en application du principe général le projet n'impose pas l'inscription des droits de jouissance que le régime matrimonial peut conférer au mari sur les biens de sa femme. La commission a pensé qu'il serait rigoureux de décider que les droits de la femme

(1) V. n° 15.

ne pourraient être sauvegardés que par une inscription portée à son nom sur le registre à titre de copropriétaire au cas d'acquisition d'un immeuble par le mari en son nom seul durant la communauté, car il est à craindre que le mari ne la tienne à l'écart et dans l'ignorance des acquisitions par lui faites et le projet dispose que la publicité du droit de la femme résultera suffisamment de la mention qui est faite de l'état de mariage ou du régime matrimonial dans l'inscription opérée sous le nom du mari.

La déclaration de remploi pour le compte de la femme faite par le mari dans l'acte d'acquisition d'un immeuble ne pourra être opposée aux tiers en vertu de l'acceptation postérieure de la femme que si ladite déclaration aura été mentionnée dans l'inscription opérée sous le nom du mari, ou si elle a fait l'objet d'une mention antérieure à l'inscription de leurs droits (art. 11).

Quant à la prescription on proposa de l'abolir sous l'une ou l'autre de ses formes à l'instar de la législation allemande, comme mode d'acquisition et comme mode d'extinction ; mais le projet la conserve. Comme cependant il serait contraire aux principes du système qu'elle possédât un effet rétroactif à l'encontre des droits acquis à des tiers avant qu'il eût été donné publicité à son accomplissement, le projet la soumet à la publicité et elle ne produit d'effet contre les tiers que s'ils ont pu en connaître la réalisation par une inscription ou par une radiation selon les cas (art. 24).

Le titre indispensable pour que la prescription acquisitive par dix à vingt ans reçoive application est soumis à l'inscription et le délai ne court pas avant que la formalité n'ait été remplie. Les tiers sont ainsi avertis de n'avoir à traiter qu'avec le possesseur lui-même, qui est l'ayant droit désigné par le livre foncier. Cette prescription ne peut plus jouer qu'un rôle très peu considérable par suite de l'application du principe de la force probante ; mais elle pourrait être invoquée par celui qui aurait acquis de bonne foi à titre de donation, d'un héritier apparent ou d'un usurpateur ayant obtenu inscription sur production de pièces fausses, car la force probante ne protégerait pas cet acquéreur ; ou pour consolider un droit chancelant et affranchir la propriété d'éventualités d'éviction provenant d'actions ouvertes contre le titre d'un possesseur antérieur et susceptibles de réfléchir contre un nouveau possesseur.

Le projet dispose toutefois que la prescription acquisitive ne peut pas être invoquée à l'effet de modifier les limites de l'unité

foncière et d'établir les droits de mitoyenneté et les servitudes (art. 24).

116. *Le principe de la force probante et la publicité des causes d'éviction.* — C'est ici que nous devons rappeler ce que nous avons déjà observé, c'est-à-dire que le problème de l'étendue de la publicité devient délicat lorsqu'il s'agit de sauvegarder les droits qui ne sont pas immédiatement admissibles à l'inscription et dont cependant la valeur doit être subordonnée à l'encontre des tiers, à la publicité qu'ils ont reçue, par suite du principe de la force probante, suivant lequel quiconque est désigné par le livre foncier comme investi d'un droit peut être considéré par les tiers, traitant avec lui de bonne foi et dans l'ignorance des vices qui entacheraient son titre, comme légitimement investis du droit inscrit sur le livre foncier. Les tiers n'ont pas d'éviction à redouter à raison des causes dont le livre foncier ne ferait pas mention.

C'est l'application de ce principe qui demande la solution de nombreuses difficultés et qui nécessite l'introduction de profondes modifications dans l'économie d'un certain nombre des institutions du droit privé.

Quant aux actes et conventions de nature à restreindre le droit de disposer le projet les soumet d'une façon générale à l'inscription (art. 10) : une mention expresse est faite quant aux procès-verbaux de saisie immobilière (art. 10, 5°) pour les effets attachés à la formalité actuelle (art. 24) et aux jugements déclaratifs de faillite et d'ouverture de liquidation judiciaire lorsque l'actif comprend des droits réels immobiliers (art. 10, 6°). Cette publicité est exigée pour conserver les droits de la masse contre les sous-acquéreurs des droits du débiteur, en cas d'exercice des actions en nullité fondées sur les art. 446 et 447 et sur la première disposition de l'art. 443 du C. de commerce. Ces actions n'ont pas d'effet contre les tiers sous-acquéreurs à titre onéreux, qui n'ont pas eu connaissance des vices du titre de leur auteur qui ont acquis leurs droits avant la prénotation faite en vertu desdits jugements ou en vertu de la demande en nullité. Dans ce cas, ceux qui tiennent leurs droits, même à titre gratuit, du tiers sous-acquéreur contre qui ces actions n'ont pas d'effet, sont à l'abri de l'éviction.

La sous-commission examina s'il ne fallait pas décider aussi qu'à défaut de publicité les créanciers ne pourraient pas invoquer les conséquences du dessaisissement vis-à-vis des personnes qui

auraient traité avec le failli, en cas d'actes à titre onéreux et de bonne foi ; mais dans le projet les effets du dessaisissement demeurent opposables aux tiers qui contractent directement avec le débiteur indépendamment de toute publicité donnée à la faillite ou à la déclaration judiciaire par la voie du livre foncier.

117. *Suite. Le problème de la publicité des causes d'incapacité. Le contrôle préalable du conservateur.* — Nous avons déjà remarqué que, d'une façon générale, l'inaliénabilité, l'indisponibilité ou la restriction au droit de disposer peuvent avoir leur origine dans une disposition de la loi, dans des actes et conventions ou dans une disposition testamentaire et nous avons examiné de près ces différentes causes d'éviction dans le système actuel (1).

Une des plus graves questions qui formèrent l'objet des débats de la sous-commission juridique fut celle de la publicité des incapacités par le livre foncier.

Le premier projet du Comité de rédaction et d'études, tout en reconnaissant les lacunes du Code civil en cette matière, était arrivé à la conclusion qu'il n'appartenait pas à la Commission du cadastre de résoudre la question à l'occasion des livres fonciers et en tant qu'elle intéresse la sécurité des transactions immobilières (2). Mais le projet du Comité de révision, tout en exposant les raisons qui militaient contre cette publicité, contenait un titre spécial (III) relatif aux mentions d'état civil, d'incapacité et de dessaisissement, en obéissance à des résolutions nettement affirmées de la sous-commission de faire figurer sur les registres fonciers les mentions relatives à l'état civil et à la capacité des personnes (3).

C'est ainsi que le projet disposait la publicité de l'incapacité résultant de la minorité (art. 74), de l'état de mariage (art. 75), de l'interdiction judiciaire ou de la dation d'un conseil judiciaire (art. 77, 78, 81 et 84), de l'internement dans un établissement d'aliénés (art. 79), de l'interdiction légale (art. 80). De grands efforts avaient été dépensés pour assurer cette publicité d'une façon certaine et sous une responsabilité effective, mais le Comité de révision déclarait dans son rapport de ne pas avoir pu réussir à construire un système exempt de lacunes ni à pourvoir par des dispositions également utiles à la révélation de toutes les incapacités.

(1) V. n^{os} 25, 36 et s.

(2) Massigli, Rapport, Procès-verbaux, fasc. 2, p. 547.

(3) Massigli, Rapport général, Procès-verbaux, fasc. 9, pp. 147 et s.

Les raisons portées contre ce système furent multiples. D'abord on remarqua que cette publicité aurait enlevé au livre foncier sa simplicité et sa clarté ; mais ce qui décida la sous-commission à l'abandonner fut surtout la considération que, dans le système du projet, l'absence de mention d'incapacité valait justification de la capacité de l'aliénateur d'un droit et autorisait le conservateur à opérer l'inscription.

La question de l'adoption de la publicité des incapacités relevait par conséquent du système du contrôle du conservateur du livre foncier.

On comprit que la sanction de l'inopposabilité aux tiers qui auraient traité de bonne foi avec des incapables en cas d'omission de la publicité n'aurait su se défendre que dans le cas où l'insertion des mentions d'incapacité au registre foncier eût été assurée dans tous les cas d'incapacité de sorte qu'aucun incapable n'eût été exposé à se voir privé, faute de l'insertion d'une mention, de la protection due à sa situation, ou que, au moins, une responsabilité effective fût engagée envers lui en cas de défaut ou d'erreur.

Mais de ce chef, on dut vite reconnaître qu'on avait vainement dépensé les efforts pour atteindre ce but, car on dut constater qu'on ne saurait légiférer utilement sur les incapacités des propriétaires de nationalité étrangère, qu'il n'était pas sans inconvénient de rendre obligatoire la publicité d'un internement temporaire dans un établissement d'aliénés et, surtout qu'on était parfois à s'en remettre du soin de requérir la mention de l'incapacité de la femme mariée, au mari ou à la femme elle-même.

L'incapacité se trouvait parfois dans la disponibilité de l'incapable, ou bien à la discrétion du représentant chargé d'y pourvoir. La mutation une fois opérée malgré l'incapacité de l'aliénateur, l'acquéreur eût pu immédiatement transmettre l'immeuble à un tiers que le principe de la force probante eût protégé contre les suites de l'action en nullité.

Un autre moyen se présentait : le contrôle du conservateur qui, on le sait, est exigé dans ce système, comme dans tout système doué du principe de la force probante, par suite du principe de légalité.

Mais alors une observation de toute évidence s'imposait. Deux hypothèses se révélaient possibles : ou bien le contrôle du conservateur comporte une vérification effective de la capacité du disposant, ou cette vérification doit être faite par le conservateur au moyen de son registre.

Dans cette dernière hypothèse ce contrôle fait défaut pour les raisons mêmes pour lesquelles la publicité des incapacités a été reconnue insuffisante.

Dans la première hypothèse d'un contrôle préalable effectif et sérieux il est vrai qu'il n'y aurait pas les inconvénients dénoncés, mais il est vrai aussi que le système de la publicité des incapacités se révélerait en même temps superflu.

Et en effet la question fut discutée et résolue par la Commission à l'occasion du contrôle exigé par le Conservateur.

Nous n'insistons plus sur les raisons qui rendent nécessaires la vérification des titres dont on demande l'inscription, mais nous observons seulement qu'à justifier la force probante vis-à-vis des tiers le projet n'étend pas ce contrôle à toutes les conditions de validité de l'acte préliminaire qui forme la cause de la réquisition. La vérification est limitée :

1° A la réalité du fait juridique du transfert ;

2° A l'identité des parties et à la capacité du disposant, car l'examen de celle de l'acquéreur importe peu tant qu'il ne veut pas disposer à son tour ;

3° La recevabilité de l'inscription en égard aux données du livre foncier.

En égard à l'identité des parties et à la capacité du disposant, suivant le projet du Comité de révision il y avait à distinguer selon la forme de l'acte de réquisition, celui-ci pouvant être rédigé soit en forme privée, soit en forme authentique. Dans ce dernier cas, la vérification de la capacité était faite par l'officier public, qui répondait des suites de sa négligence envers l'incapable, si la mutation était irrégulière. Cette disposition offrait toute garantie.

Dans le cas de réquisition sous signature privée, le projet décidait que la vérification serait faite par le Conservateur ; mais à peine avait-il énoncé ce principe, qu'il lui enlevait toute valeur réelle en décidant que la responsabilité du Conservateur serait couverte si le feuillet foncier ne portait la mention d'aucune incapacité dans la personne du disposant. Nous avons déjà indiqué les inconvénients de ce système.

Un amendement fut présenté par le rapporteur, M. Massigli, qui tendait à décider que le réquisitoire d'inscription serait, dans tous les cas, dressé en la forme authentique. Cette solution aurait offert toute garantie, car la responsabilité de l'officier public aurait été engagée ; mais il ne fut pas adopté.

Un amendement subsidiaire concernant le contrôle du conservateur en cas de production d'une réquisition sous signature privée obtint au contraire l'approbation de la sous-commission après une discussion dont les procès-verbaux des séances des 22 mars, 5 avril et 17 mai 1900 attestent l'ardeur. Le vote de cet amendement fit disparaître la disposition qui réduisait le contrôle de la capacité à l'inspection du feuillet foncier et il emporta de même tout le titre où se trouvait tracé l'essai d'organisation de la publicité des incapacités (1).

Il est superflu de remarquer que l'action en nullité demeure, dans le projet définitif, sans effet contre les tiers et qu'elle peut être sauvegardée au moyen d'une prénotation.

La responsabilité du conservateur par faute ou négligence commise dans les opérations du livre foncier était déclarée et la création d'un fonds de garantie destiné à assurer en cas d'insolvabilité des débiteurs le paiement de l'indemnité, vint à substituer dans le projet définitif la responsabilité de l'Etat qui avait été, avant, édictée.

118. *Encore de l'application du principe de la force probante et de la publicité des causes d'éviction.* — Mais nous connaissons qu'à part l'action en nullité pour cause d'incapacité, il y a toute une série d'hypothèses où, dans le droit actuel, un tiers détenteur ou titulaire de droit peut être évincé par suite de l'annulation ou de la résolution du titre de son auteur. Il y a lieu, par suite, d'indiquer comment le principe de la force probante est réalisé, à ce point de vue, dans le système de la Commission.

Nous savons que ces causes d'éviction doivent être dénuées d'effets lorsqu'elles sont demeurées clandestines ; mais le problème se pose de voir dans quelle mesure cette publicité est nécessaire et comment elle est réalisée.

Tous les droits de résolution résultant des clauses d'un contrat ou d'un acte (2) doivent être rendus publics par une inscription particulière.

Une importante question fut résolue par rapport aux droits de résolution établis par la loi, soit dans une vue d'équité et par interprétation de la volonté des parties, soit par des considérations d'un autre ordre, tout d'abord quant au droit de résolution pour inexécution des conditions.

(1) Procès-verbaux, fasc. 9, p. 455.

(2) V. n^{os} 25, 53 et s.

La Commission examina, pour les écarter, deux solutions qui jouissent d'une certaine faveur, pour arriver à appliquer, en définitive, à ces droits de résolution (art. 1184, 954, 1046 C. civ.) le même principe, c'est-à-dire les assujettir à une publicité particulière, au moyen d'une inscription distincte.

L'action en résolution du vendeur non payé n'est plus rattachée dans ce système à la publicité du privilège et il n'est pas opéré d'inscription d'office ; il faut que la volonté de la partie intéressée se manifeste par une réquisition.

Ce système s'éloigne d'abord de celui proposé par la Commission de l'Assemblée Nationale législative en 1850, dont nous avons déjà parlé, consistant à rendre inopposable aux tiers le droit de résolution aussi longtemps qu'il n'ait pas pris la forme d'une action et que la demande n'ait été rendue publique.

Nous verrons que cette solution a été consacrée par le Code civil italien (1). Elle se retrouvait dans les premiers projets soumis à la Délégation d'Alsace-Lorraine en vue de l'introduction des livres fonciers après la conquête allemande. Tout en reconnaissant que cette solution favoriserait la circulation des capitaux, la Commission la repoussa sur la considération qu'elle sacrifierait l'intérêt du précédent propriétaire et méconnaîtrait la convention des parties (2).

Le système adopté par la Commission s'éloigne aussi de l'autre solution, qui consiste à exclure le droit de résolution s'il n'a pas fait l'objet d'une annotation sur le livre foncier avant l'inscription des droits des tiers. Nous avons déjà vu que l'Assemblée législative de 1850 avait déjà eu à examiner ce principe, car le projet du Gouvernement accordait un effet spécial à la clause résolutoire expresse. Nous verrons que cette solution est celle adoptée par la loi d'Alsace-Lorraine du 22 juin 1891, et par le projet de la Société d'Etudes législatives

Cette solution fut écartée sur la considération que la clause résolutoire expresse prendrait le caractère d'une clause de style qui figurerait dans tous les actes et l'exception deviendrait la règle.

De plus le projet permet aux tiers qui auraient à souffrir de la résolution de conjurer le péril en désintéressant eux-mêmes le demandeur tant que le jugement de résolution n'ait pas acquit la

(1) V. n° 204.

(2) Massigli, Rapport général, Procès-verbaux, fasc. 9, p. 108.

force de chose jugée (art. 12 *in fine*). D'une façon générale, c'est-à-dire dans tous les cas d'éviction, et non seulement en cas de résolution, les sommes dues au possesseur évincé sont affectées à ses créanciers hypothécaires ou privilégiés (art. 21) (1).

Quant aux retraits, qui agissent comme des causes de résolution résultant des dispositions de la loi (2) la Commission ne crut pas de les paralyser uniformément dans l'intérêt des tiers à qui le livre foncier n'aurait par fait connaître la publicité de leur exercice.

En effet, le retrait de droit litigieux (ar. 1699 et suiv. C. civ.) et le retrait successoral (art. 841 C. civ.) sont exemptés de la publicité pour ne pas favoriser les acheteurs de procès et parce que les tiers peuvent apprendre par le registre que le cessionnaire de droits successoraux n'a pas eu une vocation propre et personnelle à la succession, ce qui donne passage à la disposition légale sur le retrait, que nul n'est censé d'ignorer. La publicité de la cause d'éviction est virtuellement opérée par la seule inscription du titre résoluble.

La publicité est requise à l'égard du retrait d'indivision établi par le second paragraphe de l'art. 1408 du Code civil (art. 12).

La sous-commission, en ce qui concerne le rapport à succession, avait approuvé une proposition qui faisait disparaître l'obligation du rapport en nature dans tous les cas où le donataire aurait fait acte de disposition, que ce fût par voie de constitution d'une charge réelle ou par voie d'aliénation. L'intérêt des tiers eût été assez sauvegardé, mais le comité de révision pensa de pouvoir aller plus loin et de décider que le rapport en nature cesserait d'être la règle normale pour se faire en moins prenant, d'après la valeur au temps de la donation, hors le cas d'une réserve expresse insérée dans l'acte de donation d'un immeuble et si la clause avait été inscrite au livre foncier (art. 13).

Les causes de résolution que nous venons de passer en revue se prêtent aisément à la publicité, dès la création du titre auquel elles sont inhérentes ; mais il n'en est pas ainsi pour les actions en réduction des donations pour cause d'atteinte à la réserve, les actions du descendant omis dans un partage d'ascendant, le droit à reprise, après révocation d'une donation faite entre époux, ou

(1) V. n° 86 ; v. amendement proposé par M. Valette en 1850, n° 100.

(2) V. n° 64.

après révocation d'une donation ordinaire par la survenance d'un enfant au donateur (la révocation pour cause d'inexécution des charges doit être rangée parmi les causes de résolution dont nous avons déjà parlé), car c'est seulement au jour du décès du donateur ou de l'ascendant que naît le droit d'agir en réduction; et d'autre part, en ce qui concerne les donations le Code civil dispose que le conjoint ne peut pas renoncer à son droit de révocation et que la révocation pour cause de survenance d'enfant s'opère de plein droit.

Mais la commission ne jugea pas de devoir déroger au principe de la force probante (1), et elle disposa que les tiers acquéreurs fussent protégés contre l'action en réduction elle-même en imposant aux réservataires le respect des droits acquis aux tiers avant l'inscription d'une prénotation au livre foncier. Mais pour atténuer l'atteinte ainsi portée contre la réserve considérée par beaucoup d'esprits comme une institution intangible, la Commission institua une prénotation antérieure au décès du donateur en décidant que la mention au livre foncier que l'acquisition d'un droit a été faite par donation, testament, partage d'ascendant ou donation entre époux, vaudrait prénotation. Cette mention avertirait les tiers d'avoir à se préoccuper des éventualités possibles à raison de l'origine de l'acquisition.

Dans tous ces cas, l'évinçant doit préalablement discuter les biens du donataire (art. 14).

Quant au droit de reprise après révocation pour cause de survenance d'enfant, il n'est pas conservé par cette mention : une véritable prénotation est requise, et elle ne peut pas être requise si la survenance de l'enfant n'a pas eu lieu.

Le droit conditionnel de reprise ne peut pas être conservé : seul le droit déjà ouvert peut être placé sous la protection de la publicité, à moins que ce droit n'ait été réservé par une stipulation expresse, elle-même inscrite (art. 15).

Cette prénotation s'approche à celle prévue par l'art. 958 du Code civil pour la révocation pour cause d'ingratitude, qui est conservée dans le projet et qui réalise le système dont nous avons parlé au n° 61 (art. 16).

(1) Séances des 2 et 9 juin 1892, Procès-verbaux, fasc. 2, pp. 536 et s.

En effet, la prénotation peut être faite seulement en vertu de la demande pour assurer d'ores et déjà l'effet du jugement de révocation. Et ce même système est étendu à la révocation qui atteint de plein droit en vertu de l'art. 299 du Code civil les donations faites à l'époux contre lequel le divorce ou la séparation de corps est prononcée. Mais cette prénotation peut être requise par l'époux demandeur en vertu de sa demande en divorce ou en séparation, quoiqu'elle n'ait nullement le caractère de demande directe en révocation (art. 17).

Quant aux autres actions : revendication du légitime propriétaire, répétition de l'indû, action en nullité, en annulation, en rescision, les voies de recours extraordinaires, on sait désormais que le principe de la force probante en exclut les effets au préjudice des tiers, et il n'est, d'autre part, possible de songer à mettre à la disposition de la partie intéressée un moyen de sauvegarder le droit qu'elle oppose à celui des tiers, d'une façon plus utile qu'au moyen de l'action personnelle en dommages-intérêts.

L'existence des actions qui ouvrent l'action en nullité ne peut pas être révélée par le livre foncier dès le moment où elle naît. Il est très possible qu'au moment où la partie découvre les faits d'où la nullité résulte, il soit déjà trop tard pour qu'elle puisse sauvegarder ses droits.

La protection n'est cependant accordée qu'aux tiers qui ont acquis leurs droits à titre onéreux et qui sont de bonne foi (art. 18).

C'est ici que le conflit entre la protection des tiers acquéreurs et celle des tiers ayant droit, devient plus difficile et cette protection n'est assurée dans le système de la Commission qu'au moyen de la prénotation en tant que cette réserve d'inscription pour l'avenir peut trouver application (art. 18).

Nous avons déjà observé que cet organe est indispensable dans un système de publicité absolue mais il n'est pas inoffensif, car il rend incertaine la situation du possesseur inscrit, il atteint son droit et il lui ôte la faculté de disposer du droit dont il est nanti.

Lorsque le requérant est muni d'un titre la prénotation y trouve une base suffisante. En l'absence d'un titre il faudra une autorisation de Justice : si la réquisition a lieu en dehors d'un procès, au moyen d'une ordonnance du Président du Tribunal, si le requérant a déjà introduit une demande en justice dans le but de faire reconnaître le droit dont il se prévaut, il produit un extrait de sa demande (art. 61).

119. *La publicité des actes déclaratifs.* — Les actes simplement déclaratifs de droits (1) sont assujettis à la publicité aussi bien que les actes translatifs.

Nous avons déjà fait remarquer que l'intérêt de cette publicité n'est de tout point semblable à celui qu'offre la publicité des actes translatifs ; mais en dehors de l'intérêt essentiel dans un système de la nature de celui que nous examinons, pour l'établissement d'un tableau fidèle et exact de toutes les mutations successives d'un immeuble, la publicité des actes déclaratifs offre d'autres avantages.

Le projet présente une conciliation de la publicité des actes déclaratifs avec le respect de leur propre nature (art. 37).

Nous reviendrons sur cette question. M. Massigli dans ses rapports explique la portée des effets de la publicité des actes déclaratifs avec les exemples suivants :

« Une transaction a eu lieu entre deux personnes que divisait une contestation ayant pour objet la propriété d'un immeuble. L'une d'elles était inscrite comme propriétaire et elle a reconnu le droit de l'autre. La transaction n'a pas été rendue publique et le titulaire de l'inscription subsistante a vendu l'immeuble à un tiers qui a fait mentionner son acte d'acquisition sur le registre foncier. La renonciation antérieure que le vendeur avait faite à toutes espèces de droit sur l'immeuble n'est pas opposable à son cessionnaire.

« Une succession comprenant un immeuble est échue à deux cohéritiers. Un partage a lieu et l'immeuble est attribué en entier à l'un des héritiers ; l'autre reçoit pour sa part des biens mobiliers. Si le partage n'est pas rendu public, et s'il arrive que l'héritier dont le lot a été composé de meubles se présente à un tiers comme copropriétaire de l'immeuble et lui consent un droit sur sa prétendue part indivise, ce tiers sera autorisé à tenir le partage comme non avenu ; l'indivision sera censée subsister à son égard, et il devra être procédé à un nouveau partage auquel il pourra intervenir en vertu de l'art. 882 du Code civil. Les effets de ce nouveau partage seront d'ailleurs réglés, vis-à-vis du tiers, conformément au principe doctrinal de l'art. 883, et il n'aura définitivement un droit sur l'immeuble que si l'attribution en est faite à l'héritier avec lequel il avait contracté » (2).

(1) V. n^{os} 18 et s.

(2) Massigli, Rapport, Procès-verbaux, fas. 2, p. 558 ; v. aussi Massigli, Rapport général, fasc. 9, p. 106.

Le projet protège, par suite, les tiers contre des actes qui, bien que déclaratifs, auraient quant à eux les mêmes résultats que des actes véritablement translatifs de propriété, autant qu'on le fait contre ces derniers.

Il importe de remarquer que, suivant ce système, les tiers ne peuvent pas prétendre exercer les droits acquis à l'encontre du copartageant définitivement propriétaire. de sorte que la règle de l'effet déclaratif du partage est respectée.

Mais la question, quoique posée dans ses véritables termes, ne fut pas approfondie ; c'est pourquoi nous y reviendrons au chapitre suivant.

Il faut ajouter qu'à la suite de l'adoption du principe absolu de l'inscription, la Commission fit encore un pas en avant en décidant que même les actes déclaratifs ne produisent leur plein effet, même entre parties, qu'à dater de l'inscription (art. 10, alinéa du projet définitif). Ce n'est donc plus l'inopposabilité aux tiers ayant intérêt des actes déclaratifs non inscrits, mais l'inexistence absolue. L'art. 37 du projet définitif complète le système : dans le cas de constitution de droits sur une part indivise d'un immeuble, ce droit est conservé par une prénotation, qui vaut, quant à l'immeuble indivis, opposition au partage, selon les termes de l'art. 882 du Code civil.

120. *La publicité des mutations par décès.* — De même la question de la publicité ne se présente pas en ce qui concerne les mutations par décès sous le même aspect que dans le cas de transmission entre vifs (1). Nous avons déjà fait ressortir qu'elle ne peut jouer aucun rôle dans l'acquisition des droits du défunt par l'héritier et que, d'autre part, alors que la publicité détermine un ordre de préférence entre les acquéreurs en cas de successions successives du même bien, il ne peut, au contraire, y avoir plusieurs dévolutions identiques à des héritiers ou à des légataires, ni concours d'une transmission par décès et d'une transmission faite de son vivant par le de cujus.

Mais, d'autre part, elle fournit aux tiers le moyen de reconstituer sans interruption ni lacune, à l'aide des registres publics, toute la série des mutations successives d'un immeuble et elle peut aussi procurer au successeur dont le nom figure au registre une attestation de la qualité d'héritier ou de légataire au moins apparent, et

(1) Massigli, Rapport général, fasc. 9, p. 115.

ménage aux tiers contractant avec lui une protection contre la revendication d'un héritier ou légataire préférable.

C'est ainsi que le projet assujettit dans ce but à la publicité toutes les mutations à cause de mort, les donations de biens à venir, la transmission *ab intestat*, les legs soit universels, soit particuliers (art. 25, 26, 27).

Des principes que nous avons posés il ressort clairement que d'héritier à héritier, d'héritier à légataire et réciproquement, d'héritier ou légataire apparent à héritier ou légataire véritable, l'accomplissement de la publicité intervient dans les conflits où l'intérêt de certains tiers est en jeu, non toutefois dans les conflits qui s'élèveraient entre un héritier et un tiers à qui le défunt aurait lui-même conféré un droit, car l'héritier continue la personne du défunt. Il en est de même du légataire universel ou à titre universel, parce qu'il est tenu des obligations du défunt. De même la publicité est sans intérêt dans le conflit entre un légataire particulier et un tiers qui tient d'un contrat passé avec le défunt la propriété du bien antérieurement légué : l'aliénation a révoqué le legs.

Mais dans le conflit entre un héritier ou légataire et un tiers qui aurait contracté avec un successeur apparent dont le prétendu titre serait inscrit au livre foncier, pourvu que le tiers ait traité à titre onéreux et de bonne foi, il est autorisé à se prévaloir du principe de la force probante de l'inscription de l'héritier apparent et à invoquer le défaut de publicité du titre de l'héritier véritable.

Cette solution consacre celle que la jurisprudence a donné à la question de la validité des actes de l'héritier apparent (1) en précisant que l'existence de cette qualité d'héritier apparent est subordonnée à la condition de l'inscription au livre foncier.

Mais puisque un légataire peut ignorer l'existence d'un testament qui l'institue, et un héritier ne doit pas être mis dans la nécessité de requérir inscription aussitôt après l'ouverture de la succession, le projet dispose que les actes conclus avec l'héritier ou le légataire apparent ne sont pas opposables à l'héritier ou au légataire préférable, si ce dernier fait inscrire son droit dans les six mois de l'ouverture de la succession (art. 26).

Le projet dispose, de même, la publicité de l'envoi en possession définitif des biens d'un absent (art. 27). Si l'envoyé en possession est évincé par une action en pétition d'hérédité, les aliénations et

(1) V. n° 28.

constitutions de droit consenties par les envoyés en possession à titre onéreux sont opposables aux successeurs de l'absent, sous les mêmes conditions que les actes de l'héritier apparent à l'égard de l'héritier véritable.

Une disposition particulière laisse aux héritiers ou autres successeurs la faculté de ne pas requérir l'inscription de leurs droits pendant l'indivision, à moins qu'ils ne veuillent accomplir un acte de disposition, avant le partage (art. 25).

Quant à la formalité de la réquisition d'inscription, par ceux qui sont tenus de se faire envoyer en possession par justice et pour les envoyés en possession définitive de biens d'un absent, le titre exigé est le jugement d'envoi en possession. Pour ce qui est des successeurs *ab intestat* que la loi n'oblige pas à se munir de ce jugement, la commission écarte l'idée d'utiliser la déclaration souscrite au bureau de l'enregistrement en vue du paiement des droits de mutation (1) et, d'autre part, ne pouvant pas utiliser le système Prussien (Loi du 12 mars 1869) et d'Alsace-Lorraine (Loi du 10 mai 1886), suivant lesquels les successeurs universels peuvent se faire délivrer par certaines juridictions des certificats de qualité d'héritiers, s'inspire aux précédents fournis par la loi française par la justification de la qualité d'héritier (2) et décide que l'inscription des droits des héritiers légitimes et des héritiers naturels peut s'opérer en vertu d'un acte de notoriété ou d'un extrait d'intitulé d'inventaire. Le conjoint survivant est autorisé à invoquer les mêmes actes, mais ils doivent contenir reconnaissance de ses droits par les héritiers ou être appuyés du titre constatant la délivrance.

Pour les dispositions testamentaires et les donations de biens à venir, l'inscription est requise en vertu de l'acte contenant la disposition, appuyée, suivant le cas, soit d'un acte de notoriété, ou d'un intitulé d'inventaire attestant l'absence d'héritiers réservataires, soit du titre amiable ou judiciaire constatant la délivrance ou l'envoi en possession (art. 39). Postérieurement au partage, les héritiers et tous les autres successeurs ayant été parties, peuvent obtenir inscription de leurs droits en vertu de l'acte de partage, s'il a été dressé en la forme authentique (art. 40).

(1) Acceptée par le projet Darlan du 27 octobre 1896, art. 3 et 5, v. n° 139 et 150.

(2) Art. 6 de la loi du 28 floréal an VII relative aux transferts de la dette publique ; Décret du 18 septembre 1806 sur les remboursements des cautionnements de titulaires décédés ; Loi du 7 mai 1853, art. 3, sur les fonds déposés dans les Caisses d'Épargne.

121. *Précisions par rapport aux sûretés réelles. Extension du principe de la subrogation réelle.* — Des précisions sont aussi nécessaires en ce qui concerne les sûretés réelles :

Tout d'abord, le projet étend le principe de la subrogation réelle à tous les cas où une indemnité quelconque est due au propriétaire, à raison de la perte ou de la détérioration de l'immeuble. Le projet primitif décidait que l'inscription devait être considérée comme suffisante et tenant lieu de toute diligence (1) ; mais le projet définitif décide que les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables, s'il s'est écoulé quinze jours entre la date du sinistre et celle du paiement (2).

De plus, le projet réserve la faculté au propriétaire d'employer l'indemnité à la reconstitution de l'immeuble (3).

122. *Les privilèges généraux.* — Quant aux privilèges généraux le projet se prononce en faveur du déclassement, accepté par la commission parlementaire de 1850 (4), conformément à la proposition de M. Pougeard et au projet du Gouvernement et par la législation belge (5). Le projet fait fléchir leur rang devant le principe de publicité et décide que les créanciers à privilège général passeront après les créanciers à privilège spécial et après les créanciers hypothécaires ; par contre une fois ceux-ci désintéressés, ils viendront sur le reliquat du prix de vente des immeubles par préférence à tous les créanciers chirographaires. Seul le privilège des frais de justice n'est pas soumis à cette restriction et demeure opposable aux créanciers hypothécaires en faveur desquels les frais ont été engagés.

123. *Les privilèges du Trésor public.* — Quant aux multiples privilèges du Trésor public le projet propose la suppression du privilège reconnu à l'Etat, par la Loi du 5 septembre 1807 sur les immeubles acquis à titre onéreux par les comptables ou par leurs

(1) Art. 3 de l'avant-projet présenté à la Sous-Commission juridique à la séance du 21 déc. 1899 ; Procès-verbaux, fasc. 7, p. 155.

(2) Art. 3 du projet définitif ; Procès-verbaux, fasc. 9, p. 823.

(3) Art. 10 de la loi belge de 1851 ; art. 1951 du Code civil italien.

(4) V. n° 100.

(5) Art. 19 de la loi du 16 déc. 1851. Ce principe a prévalu dans la législation des départements recouvrés (v. n° 184) et dans le projet de la société d'études législatives (v. n° 198). Pour le projet du Sénat (1908) v. au contraire n° 157.

femmes, depuis leur nomination qui fait à peu près double emploi avec l'hypothèque légale, et de transformer en hypothèque légale le privilège pour le recouvrement des frais de justice criminelle.

124. *Privilèges spéciaux sur les immeubles.* — Tout d'abord le privilège du vendeur est étendu à l'échangiste (1) et aussi au donataire avec charges (art. 9, 2°) suivant l'exemple de la loi belge.

Les différences entre le privilège du vendeur et celui du copartageant (2) n'ont plus aucune raison de substituer dans un système qui assujettit à la publicité le partage (3). L'un et l'autre sont conservés comme tous autres droits réels, uniquement par la formalité de l'inscription, sans qu'aucun délai soit imparti au vendeur ou au copartageant ; mais l'inscription peut être requise sur la production d'un bordereau spécial, ou sur la production du bordereau de mutation (art. 11).

Selon le projet la séparation des patrimoines serait un véritable privilège existant de plein droit, sans qu'il soit besoin d'une demande en justice, s'exerçant sur chaque immeuble de l'hérédité, à la condition d'être inscrit. Ceux-là seulement pourraient s'en prévaloir qui en auraient manifesté la volonté en temps utile, c'est-à-dire dans le délai de six mois. Dans le système du projet, une fois inscrite dans ce délai, la séparation emporte formellement le droit de suite (4) ; et, en outre, les créanciers et les légataires (5) inscrits dans les six mois viennent tous au marc le franc (6), mais à l'encontre du système actuel ils priment les autres créanciers de la succession ou les autres légataires. Passé le délai de six mois le privilège ne dégénère plus en hypothèque, il s'éteint d'une façon définitive (art. 13).

(1) Conformément à la jurisprudence, v. n° 71.

(2) V. n° 72.

(3) Pour les précisions sur les privilèges du vendeur et du copartageant, v. les observations relatives au projet Darlan qui reproduit le texte de la Commission du Cadastre, n° 158.

(4) Ce droit de suite serait beaucoup plus énergique que celui actuellement reconnu par la jurisprudence, car il aurait effet rétroactif même à l'encontre d'une aliénation antérieurement inscrite.

(5) Les légataires ne pourraient rien recevoir qu'après l'entier paiement des créanciers : *nemo liberalis, nisi liberatus*.

(6) Sans préjudice des causes de préférence ou de priorité qui pourraient exister antérieurement entre eux.

Les créanciers héréditaires ont le droit de poursuivre l'héritier sur ses biens personnels toujours et non seulement lorsque les créanciers personnels de l'héritier ont été désintéressés.

Tout en reconnaissant que le privilège de l'architecte est en pratique d'un usage extrêmement rare, la Commission n'y vit pas une raison pour le supprimer (1). La Commission n'accepta pas le motif que ce privilège fait double emploi avec l'hypothèque conventionnelle que l'architecte ou le constructeur peut stipuler pour garantie de ses avances avant le commencement des travaux, car une pareille hypothèque ne serait pas opposable aux créanciers antérieurement inscrits et il serait injuste que ces derniers puissent ainsi profiter, avant l'architecte, d'une plus-value sur laquelle ils n'ont pas dû compter en stipulant leur sûreté (2). Les textes du Code ne sont modifiés que sur quelques points de détail et notamment pour exiger que les deux procès-verbaux soient dressés contradictoirement avec les ayants droit.

125. *Suppression de l'hypothèque judiciaire.* — Dans le projet l'hypothèque est légale ou conventionnelle (art. 17) ; il en résulte que l'hypothèque judiciaire n'existe plus. La commission a soumis l'hypothèque judiciaire à un examen plus approfondi, qu'il faut brièvement examiner, car le problème de sa suppression ou de son maintien est un des plus importants.

A cette époque la suppression était réclamée depuis un demi-siècle par les plus éminents jurisconsultes (3).

Nous avons déjà vu comme l'Assemblée législative de 1850 avait voté l'abrogation proposée. La loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 avait suivi cet exemple, ainsi que le Code roumain du 4 décembre 1864 et la loi Genevoise du 6 janvier 1851.

Les discussions relatives à ce sujet par les procès-verbaux de la Commission sont très intéressantes, car elles n'ont pas seulement

(1) La Commission parlementaire de 1850 avait proposé sa suppression (v. n° 100) ; la loi belge de 1851 (art. 27) a maintenu le privilège de l'architecte.

(2) Pour la suppression, v. le projet Darlan de 1896 par ce motif (v. n° 158) ; le texte voté au Sénat en 1908 maintient ce privilège (v. n° 158) tandis que la Société d'études législatives propose la suppression (v. n° 199).

(3) Valette, *Mélanges de droit, de jurispr. et de lég.*, t. II ; Aubry et Rau, III, § 265, note 1 ; Laurent, t. XXX, n° 190 ; Guillouard, t. I, n° 122 et 124 et II, n° 269 et 873 ; de Loynes, t. II, n° 1218 à 1222 et 1278 ; Vareilles-Sommières (de), *L'hypothèque judiciaire*, 1871 ; Challamel, *L'hypothèque judiciaire*, 1881.

porté sur le principe de l'abrogation, mais encore sur les procédés qui pourraient être mis en œuvre pour la remplacer.

Les commissaires, en effet, d'accord sur le principe de la suppression (1) avant de se prononcer définitivement sur le maintien ou la suppression chargèrent le comité de rédaction et d'études de la soumettre à un nouvel examen et d'indiquer à la Commission les dispositions législatives qui pourraient le plus utilement la remplacer ou en corriger les inconvénients.

Le Comité dans son rapport du 26 novembre 1891 (2) se prononça décidément pour la suppression, mais il remarqua que si l'on considère l'hypothèque judiciaire non pas au point de vue des préférences qu'elle établit arbitrairement entre les divers créanciers chirographaires, mais seulement au point de vue de l'indisponibilité dont elle frappe l'immeuble, les avantages qu'elle révèle ne sauraient être dédaignés. Conséquemment le Comité proposa de remplacer l'hypothèque judiciaire par le système de la mainmise immobilière en donnant aux créanciers munis d'un jugement le droit de faire inscrire le commandement qu'il signifie au débiteur condamné, inscription qui militerait au profit de la masse toute entière. Des objections diverses furent avancées contre ce système (3) et la sous-commission, ainsi que la commission, enfin de compte, se rallièrent à la proposition de procéder par voie d'abrogation pure et simple (4).

Ce débat ne fut qu'un point de départ d'une discussion qui est toujours ouverte.

M. Valette, dans le discours qu'il prononçait à l'Assemblée Nationale du 18 décembre 1850 (5) caractérisait cette institution de la manière suivante : « Ce droit n'est pas un de ceux qui méritent le respect public, comme dépendant de la puissance des personnes sur leurs biens, de la transmission qu'elles veulent en faire sous certaines conditions ; il ne se rattache pas non plus à une idée de justice ; mais il n'est que le résultat, en quelque sorte factice, d'un système ancien qui a péri en très grande partie, dont il ne reste plus aujourd'hui que les débris, système sans lequel, nous ne crai-

(1) Procès-verbaux, fasc. 1, p. 311.

(2) Challamel, Procès-verbaux, fasc. 2, p. 205.

(3) Séances du 3 et du 17 novembre 1892 ; Procès-verbaux, fasc. 3, pp. 45 et s.

(4) Fasc. 3, pp. 77, 82.

(5) *Mélanges de droits, de jurisprudence et de lég.*, I, pp. 553-554 ; Procès-verbaux de la Comm. du Cadastre, fasc. 2, p. 211.

gnons pas de le dire, jamais on n'aurait eu la pensée d'établir législativement l'hypothèque dont il s'agit. »

Les critiques formulées par M. Valette dans ce célèbre discours furent reprises par la commission et elles peuvent être ainsi résumées (1).

Elle dénature le rôle du juge et elle en exagère le pouvoir ; les tribunaux ne peuvent avoir qu'un rôle, assurer l'exécution des obligations, sans rien y ajouter. Elle est inique en ce qu'elle modifie les droits respectifs des créanciers chirographaires et substitue au principe de la contribution tout un ordre de préférences non justifié, en permettant à un créancier d'obtenir une hypothèque générale sur les biens de son débiteur, alors que celui-ci a refusé une hypothèque spéciale (2).

Elle est fatale au débiteur en ce qu'elle donne une prime aux poursuites, car on sait que si quelqu'un se hâte il aura tout et les autres rien. Chacun voudra être le premier ; dès lors les assignations pleuvent sur le malheureux débiteur, qui est ruiné, exproprié (3).

Elle est en même temps dangereuse pour les créanciers en faisant naître, au profit de l'un d'eux une cause de préférence sur tous les immeubles. Le paiement dépend ainsi du hasard ; elle devient le prix de la course (4).

Il y a plus : elle est souvent un instrument de fraude. Le débiteur se laisse condamner au profit d'un compère dont l'inscription le met à l'abri des jugements qui seront prononcés plus tard ; et la crainte de pareilles supercheries multiplie les contestations que soulève la déclaration de faillite du débiteur commerçant.

Enfin elle ne s'explique que par une erreur historique.

Il y a lieu toutefois d'observer que cette dernière remarque n'est pas exacte qu'en ce qui concerne l'hypothèque judiciaire attachée

(1) Procès-verbaux, Rapport Challamel sur la question de l'hypothèque judiciaire, fasc. 2, pp. 205 et s. ; Challamel, Rapport général, fasc. 7, pp. 83 et s. ; Discussion de la Sous-Commission juridique, fasc. 1^{er}, pp. 350 et s. ; 2^e, pp. 681 et s. ; 3^e, pp. 45 à 83.

(2) V. dans ce sens Aubry et Rau, III, § 265, p. 420, note 2 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, Introduction, p. LXXXII.

(3) En ce sens v. les Explications de M. Pougeard, à l'appui du projet de 1850.

(4) Dans ce sens v. aussi Valette, discours du 28 décembre 1850.

aux jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture (1), mais non quant à l'hypothèque judiciaire proprement dite, contrairement à la thèse de M. Challamel.

En ce qui concerne la première hypothèque, il est exact qu'elle dérive historiquement de l'hypothèque générale des actes notariés comme suite de l'authenticité conférée à l'acte par sa vérification ; et puisque le Code de 1804 a supprimé l'hypothèque générale tacite des actes notariés, il aurait dû abolir en même temps celle au profit des actes privés reconnus ou vérifiés en justice.

Si, en effet, durant tout le xv^e siècle les jugements n'entraînaient pas hypothèque, au xvi^e siècle on admit l'assimilation des actes sous seing privé, aux actes authentiques en cas de reconnaissance devant le juge (art. 78 de la première coutume de Paris de 1510) et en cas de vérification en justice (art. 92 et 93 de l'ordonnance de Villers-Cotterets). Les deux hypothèses se trouvent formulées dans l'art. 107 de la seconde coutume de Paris de 1580.

Et puisque cette disposition faisait pendant à celle qui attachait force hypothécaire aux actes notariés, il est juste d'en conclure que la suppression de cette dernière aurait dû entraîner la suppression de l'hypothèque judiciaire.

Treihlard, l'un des rédacteurs du Code civil, disait : « On obtient des condamnations contre un citoyen ; les jugements ont un caractère qui ne permet pas de leur accorder moins d'effet qu'à des contrats authentiques. Voilà l'hypothèque judiciaire. » Il raisonnait comme si l'hypothèque des actes notariés était maintenue. C'est évidemment le contraire qu'il eût fallu dire.

Toutefois on ne peut pas étendre ces considérations à l'hypothèque des jugements de condamnation. M. Challamel, suivant les anciens auteurs, présentait les trois textes que nous venons de citer comme ayant contribué à la création de la véritable hypothèque judiciaire.

Après l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539, conférant l'hypothèque à la vérification d'écriture, on se serait demandé : « Pourquoi le jugement de condamnation n'aurait-il pas la même vertu d'un simple jugement de vérification ? » Ce serait pour cette raison que l'ordonnance de Moulins de 1566 (art. 53) aurait attaché l'hypothèque judiciaire au jugement de condamnation. Elle serait née de l'hypothèque banale des actes notariés, de cette remarque que

(1) V. pour la critique de cette institution, n° 80.

le sceau du baillage valait bien le sceau du notaire, qu'il y avait authenticité pour l'une comme pour l'autre créance (1).

Si cette interprétation était juste la méprise législative serait de toute évidence même en ce qui concerne cette hypothèque. Mais elle est, au contraire, la conséquence du privilège qui appartenait au premier saisissant sur l'immeuble. Bien avant l'ordonnance de 1566 elle existait sous le nom de *pignus giudiciale*, déformation du *pignus ex causa judicati captum* du droit romain, qui était une véritable garantie hypothécaire que le juge pouvait concéder au créancier sur les biens du débiteur, si celui-ci était solvable et refuser d'exécuter son obligation, ou s'il n'y avait pas d'autres créanciers (2).

L'abandon par l'ancien droit de l'organisation collective de la déconfiture engendra l'hypothèque comme moyen de défense des intérêts des créanciers. Il semble qu'au ^{xiii}^e siècle le jugement de condamnation donnait préférence sur tous les biens, meubles et immeubles du débiteur. L'ordonnance de Moulins se contenta donc de la réglementer en lui donnant comme point de départ la date de la sentence.

Les rédacteurs du Code l'ont présenté en effet comme un moyen efficace d'assurer l'exécution des jugements. A ce propos, M. Challengel observe que la préférence accordée, dans l'ancien droit, au premier créancier saisissant n'avait qu'une assez médiocre importance, puisqu'elle s'évanouissait dès que le débiteur se trouvait en état de déconfiture (3).

Malgré les critiques véhémentes dont elle fut l'objet, l'hypothèque judiciaire trouva cependant des défenseurs parmi quelques-uns des commissaires (4).

(1) Les anciens auteurs disaient aussi que l'hypothèque judiciaire est un quasi-contrat entre plaideurs et doit par conséquent produire les mêmes effets que l'acte notarié.

(2) A l'encontre de ce qui se passait si le débiteur était insolvable : ses créanciers pouvaient se faire envoyer en possession par le prêteur. Cet envoi en possession donnait aux créanciers un droit de gage (*pignus praetorium*) qui peut être apparenté à l'hypothèque établie par le Code de commerce au profit des créanciers de la faillite (art. 490, 517 C. com.).

(3) Challengel, Rapport, procès-verbaux, fasc. 2, p. 206 ; v. art. 178, 179, 180 de la Coutume de Paris de 1580, art. 447, 448 et 449 de la Coutume d'Orléans.

(4) Observations de MM. Coste, Fravaton, Liotard-Vogt et Faye, Procès-verbaux, fasc. 3. pp. 46, 52, 62, 74. — La défense de cette institution fut reprise dans les mêmes termes par la *Gazette des Tribunaux*, 8-9 mars 1897 et par le

1° On observa tout d'abord qu'elle avait son utilité en mettant obstacle à l'« insolvabilité » frauduleuse du débiteur. Le débiteur de mauvaise foi cherche tous les moyens de se rendre insolvable. S'il y a des immeubles il se hâte de les aliéner ou de les grever d'hypothèques au profit d'un prête-nom. En cas de suppression de l'hypothèque judiciaire les créanciers en seraient réduits aux preuves difficiles de l'action paulienne. Elle serait donc vraiment indispensable pour assurer l'exécution des jugements.

2° L'hypothèque judiciaire serait favorable au débiteur, en permettant au créancier de s'assurer un gage, l'autorise à lui accorder quelque délai. Le résultat de sa suppression serait la multiplication des procès. « Il y a pour tout le monde, dit M. Faye (1), et surtout pour les propriétaires, de mauvais jours, et il faut, dans ces moments là leur donner le moyen de se libérer et non tuer le crédit ». Toujours dans l'intérêt du crédit personnel du débiteur, on ajoute que beaucoup de créanciers se contentent d'un titre chirographaire, parce qu'ils savent qu'ils obtiendront hypothèque judiciaire quand ils voudront. Cette observation avait été produite par M. Walowki.

3° Les dettes ne dérivent pas seulement des contrats, mais aussi de la loi, des délits ou quasi-délits, et, dans ces cas il n'est pas possible au créancier de stipuler à l'avance une garantie. Ces créances et notamment les pensions alimentaires imposées par la loi, sont aussi sacrées que celles qui sont constituées au profit du prêteur d'argent. Est-ce que, à défaut d'un privilège que le législateur eût pu établir, mais qu'il n'a pas établi, il ne serait juste de leur accorder la garantie d'une hypothèque judiciaire ? (2).

Congrès de la Propriété privée dans ses vœux adoptés en 1896 (cités par Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, pp. LXXIX et s.) à propos du projet Darlan de 1896, qui proposait à l'art. 29 la suppression de cette hypothèque (v. n° 162). Cette défense fut acceptée par Planiol, II, pp. 2873 et s. ; A. Colin et Capitant, II, n° 1254 ; Planiol et Ripert, XII (Becqué), n°s 560 et 564, tout au moins dans le sens qu'il y aurait un danger à supprimer purement et simplement l'hypothèque de jugement de condamnation et que les critiques qu'on lui adresse portent en réalité sur l'absence de toute réglementation de la déconfiture. M. de Loynes, dans l'excellente étude dans son *Traité des Privilèges et Hypothèques*, en collaboration avec Baudry-Lacantinerie, t. I, pp. LXXIX et s., accepte toutes les critiques et refuse toute défense de cette institution, tout en acceptant l'idée de la déconfiture civile, ou mieux de la mainmise immobilière dont il est question dans le texte. V. aussi le projet voté par le Sénat, n° 162.

(1) Discours du 3 novembre 1892, Procès-verbaux, fasc. 3, p. 49.

(2) Marques de Braga, séance du 23 juillet 1891, Procès-verbaux, fasc. 1, p. 318.

4° Il serait après tout naturel que le créancier le plus attentif à la défense de ses droits soit le mieux traité.

A ces défenses, dans la discussion on répondit que ce n'est que lorsqu'on est en présence d'un débiteur simplement gêné, mais de bonne foi, que l'hypothèque judiciaire a quelque chance de produire effet, car le débiteur de mauvaise foi a repris ces précautions bien avant le jour du jugement et même pendant la poursuite. De plus, l'effet produit n'est pas conforme ni à la justice, ni à l'équité (1).

Quant à l'intérêt du débiteur lorsqu'il est en état de gêne momentanée, ce n'est pas grâce à l'hypothèque judiciaire qu'il arrivera à relever ses affaires, mais plutôt à l'aide d'une hypothèque conventionnelle. L'hypothèque judiciaire ne peut pas être un élément de crédit : « Quel homme serait assez inintelligent, assez imprudent, pour compter sur le prix du hasard ou de la course et pour ne pas exiger d'autres garanties, s'il a quelque crainte de ne pas être payé, que cette chance lointaine de l'hypothèque judiciaire, véritable billet de loterie qui le plus souvent ne rapporte rien » (2).

Il n'est pas possible de limiter la garantie de l'hypothèque judiciaire aux condamnations basées sur un quasi-contrat, un délit ou un quasi-délit. Enfin, le principe d'égalité entre tous les créanciers chirographaires est souverainement juste et on ne peut l'abandonner sans porter atteinte aux droits qui leur appartiennent respectivement.

Cependant, le Comité d'études, en ce qui concerne la première exception pensa qu'il était nécessaire de parer au danger de l'insolvabilité du débiteur au moyen d'actes frauduleux et de mettre le débiteur dans l'impossibilité de dissiper ses immeubles au préjudice de ses créanciers.

Dans ce but on s'aperçut tout d'abord que les critiques ne portaient pas en réalité sur l'institution de l'hypothèque judiciaire, mais sur l'absence de toute réglementation de la déconfiture ; mais on remarqua aussi que cette proposition se heurterait à beaucoup de préjugés et que le législateur ne pourrait l'abolir que lorsque la suppression fût demandée, par l'opinion publique.

(1) Discours de M. Léon Michel, à la séance du 23 juillet 1891, Procès-verbaux, fasc. I, p. 321.

(2) M. de Vareilles-Sommières, *L'Hypothèque judiciaire*, Paris, 1871.

Pour donner satisfaction légitime à ce besoin de protection des créanciers, le Comité proposa d'isoler les deux éléments qui constituent l'hypothèque judiciaire, l'indisponibilité et le droit de préférence, et de faire de cette hypothèque une pure charge réelle, sans création de priorités successives, pour échapper au reproche d'injustice qu'elle mérite dans son état actuel.

Quant à l'indisponibilité, le Comité proposa de la maintenir, la développer même, en lui donnant un effet absolu au profit de tous les créanciers chirographaires. Dans ce but le Comité remarqua que l'idée d'une indisponibilité de l'immeuble profitant à la masse créancière se retrouvait déjà dans l'art. 686 du Code civil, qui décide qu'à dater de la transcription de la saisie le débiteur ne peut aliéner son immeuble, à peine de nullité, et il proposa d'étendre cette institution dans ce sens que l'immeuble ne pourrait pas non plus être hypothéqué, et, en outre, la date de l'indisponibilité n'aurait pas comme point de départ la transcription du procès-verbal de saisie, qui ne peut être faite que trente jours après le commandement (art. 674), mais la transcription dudit commandement. Telle était déjà la disposition qui avait trouvé place dans le décret du 28 février 1852 sur les Sociétés de crédit foncier (art. 34) qui était passée dans la loi belge du 15 août 1854. La loi belge du 16 novembre 1851 avait supprimé l'hypothèque judiciaire, mais pour ne pas laisser les créanciers à la merci du débiteur, une loi postérieure du 15 août 1854 décida qu'à partir du jour où le créancier saisissant a fait transcrire le commandement pour procéder à la saisie, ce dernier ne peut plus disposer de l'immeuble au préjudice du poursuivant (1).

L'indisponibilité devait frapper l'immeuble tout entier pour que le poursuivant ne pût se trouver réduit à un dividende lorsqu'il aurait à subir le concours des autres créanciers chirographaires. A partir de l'inscription le débiteur ne pourrait aliéner sa chose ni la grever d'hypothèques, mais l'immobilisation des loyers et fermages n'auraient pas lieu. Dans la loi belge les créanciers n'ont qu'un mois, date de l'inscription du commandement, pour procéder à la saisie de l'immeuble et pour la faire transcrire, et comme

(1) La jurisprudence belge admet, en outre, que le créancier poursuivant peut demander au Tribunal de condamner le débiteur à lui constituer une hypothèque sur ses biens, sous peine de dommages-intérêts en cas de retard. Depuis la suppression de l'hypothèque judiciaire, le nombre des expropriations a triplé, comme observa le Congrès de la propriété bâtie de 1896 qui était contraire à cette suppression. V. n° 165.

tout le monde s'accorde à blâmer l'extrême brièveté de ce délai le comité proposait d'autoriser le débiteur à procéder lui-même à la vente de son immeuble aux enchères publiques suivant l'art. 743 du Code de procédure civile, en décidant qu'en tout cas, après deux ans l'inscription serait périmée, de manière à mettre fin à toute indisponibilité du fonds (1).

L'inscription pourrait être requise non seulement par celui qui a obtenu un jugement, mais par tout créancier qui a un titre exécutoire.

Cette proposition, formulée par M. Challamel et M. Neymark donna lieu à une discussion très vive au sein de la sous-commission juridique (2). M. Faye (3) après avoir demandé d'abord qu'il y ait entre le commandement et l'inscription un intervalle de huit jours ou de quinze jours, remarqua que l'interdiction d'aliéner était d'une rigueur excessive à l'égard du débiteur et proposa une autre manière d'arriver à garantir les droits des créanciers. Le créancier qui a fait inscrire son commandement aurait sur l'immeuble de son débiteur un droit de suite comme un créancier hypothécaire de sorte qu'en cas de vente son inscription équivaldrait à une saisie-arrêt sur le prix dû par l'acquéreur et lorsque l'acquéreur voudrait purger, il serait obligé d'appeler les créanciers qui auraient inscrit leur commandement comme les créanciers hypothécaires et de leur faire les notifications prescrites par la loi. Le créancier chirographaire serait admis à exercer le droit de surenchère. De cette façon on n'empêcherait pas le débiteur d'aliéner son immeuble et, d'un autre côté, on aurait suffisamment garanti les droits du créancier chirographaire qui sera sûr que le paiement n'aura pas lieu en dehors de lui et que son rang sera garanti.

Enfin les hypothèques consenties par un débiteur ne pourraient nuire aux droits des créanciers qui ont fait inscrire leur commandement (4).

En fin de compte la sous-commission se rallia à la proposition de procéder par voie d'abrogation pure et simple. Dans ce sens M. Challamel rédigea le rapport général annexé à la séance du

(1) Challamel, Rapport, fasc. 2, p. 208 ; v. n° 165.

(2) Séance du 3 novembre 1892 ; Procès-verbaux, fasc. 3, p. 45.

(3) *Loc. cit.*, p. 51.

(4) La proposition de M. Faye a été acceptée par M. de Loyne dans l'Introduction citée.

21 décembre 1899 en remarquant que quant aux modifications dont la saisie immobilière pourrait être l'objet, c'était une question de pure procédure qui n'était pas de sa compétence, tel étant en effet le caractère des mesures qui rendraient l'immeuble indisponible à partir de l'accomplissement de tel ou tel acte d'exécution (1). D'une idée analogue à celle soutenue par M. Faye s'inspira un projet de loi déposé par M. Dupuy-Dutemps en 1894 (2) qui supprimait l'hypothèque judiciaire et fixait en même temps le moment où il ne pouvait plus être pris d'inscription sur les biens du débiteur au préjudice de la masse des créanciers chirographaires. Les créanciers de sommes échues et liquides pouvaient provoquer une inscription profitant à toute la masse des créanciers, rendant les biens inaliénables et empêchant l'inscription de nouvelles hypothèques pendant la période de deux ans.

126. *L'hypothèque légale de la femme mariée.* — La Commission ne songea pas à supprimer les hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit, mais au début de ses travaux (3) elle déclara qu'il y avait lieu de les soumettre, comme toutes les autres charges réelles, au droit commun de la spécialité de la publicité.

Ces incapables, — de même que le Trésor public, — tiendront de la loi une hypothèque, mais elle ne pourra valoir que par l'inscription, et l'inscription elle-même ne sera possible qu'au moyen d'une détermination préalable du chiffre de la garantie. M. Coste, dans la séance du 24 novembre 1892 formula le vœu que le tuteur n'eût à fournir de garanties pécunières que dans le cas où la nécessité en serait reconnue par le conseil de famille ; mais la Commission jugea de ne pas avoir mission de réformer d'une façon générale la législation de la tutelle.

L'hypothèque de la femme mariée peut être déterminée soit dans le contrat de mariage, soit dans un acte de la femme au cours du mariage. Le notaire doit inviter la future épouse à déclarer pour quelle somme et sur quels immeubles elle veut que son hypothèque soit inscrite. Mais le droit hypothécaire ne disparaît pas pour n'être pas exercé au moment du contrat de mariage ; l'inscription seule est différée (art. 20).

(1) Procès-verbaux, fasc. 7, p. 88.

(2) J. O., Doc. Parl. 1894, Chambre 114.

(3) Séances des 9 et 16 juillet 1891, Procès-verbaux, fasc. 1, pp. 245 et 275.

Cependant, si lors du contrat de mariage l'hypothèque est spécialisée à certains immeubles du mari, suivant l'art. 2140 du Code civil, la femme est liée pour l'avenir et ne peut prendre d'inscription supplémentaire que dans des cas exceptionnels.

La femme ne peut, durant le mariage, renoncer au bénéfice d'une inscription prise, si ce n'est par l'effet d'une subrogation consentie au profit d'un tiers, ou dans le cas qu'il soit justifié de l'extinction des causes qui avaient précédemment motivé l'inscription.

La subrogation au profit d'un tiers reste possible, sauf en cas de dotalité. La Commission pensa de ne pas pouvoir innover dans cette matière pour des considérations de compétence et de ne pas pouvoir par conséquent accepter la proposition, déjà soutenue par M. Valette, qu'une garantie nouvelle fût donnée à la femme contre les abus d'influence auxquels elle est trop souvent en butte de la part de son mari (art. 21).

Au cours du mariage, toutes les fois que les époux passeront devant notaire un acte d'où résulte une cause de créance de la femme contre son mari, le notaire devra soulever d'office la question d'inscription de l'hypothèque légale et l'acte devra faire mention de la réponse de la femme (art. 24).

S'il n'est pas rédigé d'acte notarié la femme se trouve réduite à sa propre initiative et le mari pourra demander la réduction de l'inscription s'il arrivait qu'elle fût excessive (1).

L'autorisation de justice serait enfin nécessaire dans le cas où l'inscription serait requise non par la femme elle-même mais par ses parents ou alliés, ou enfin par ses créanciers (art. 25).

Lorsque la détermination est l'œuvre propre de la femme, ou lorsqu'elle a été sollicitée par la voie gracieuse, par ses parents ou alliés, c'est l'intéressé lui-même qui est chargé de ce soin ; mais quand l'hypothèque aura été déterminée dans un acte notarié, l'inscription devra être prise à la diligence du notaire et sous sa responsabilité, avant la célébration du mariage ou dans le délai de huitaine au cours du mariage.

127. *L'hypothèque légale des personnes en tutelle.* — L'hypothèque légale du mineur et de l'interdit repose sur le même principe que celle qui concerne l'hypothèque légale de la femme mariée :

(1) La loi belge décide au contraire que la femme doit s'adresser à la justice (art. 66, 67).

une inscription est requise en vertu d'une délibération du conseil de famille qui aura préalablement déterminé l'hypothèque quant à son objet et quant à son chiffre (art. 29).

A l'ouverture de toute tutelle le conseil de famille est appelé à déterminer l'hypothèque, ayant égard à la fortune du mineur ou de l'interdit, à la nature des biens du tuteur et aux éventualités de la gestion ; et il pourra ordonner qu'il sera sursis à l'inscription, mais cette dispense pourra être révoquée à toute époque. Le tuteur qui veut affranchir ses immeubles de toute hypothèque légale sera admis à offrir un cautionnement suffisant en espèces, rentes ou créances sur l'Etat Français, ainsi qu'en actions, obligations ou parts d'intérêts sur lesquelles la Banque de France consent des avances, ou autres valeurs agréées par délibération motivée du Conseil de famille.

L'hypothèque ayant été spécialisée, l'inscription sera prise par les soins du greffier de la Justice de paix dans la huitaine, sous la sanction d'une amende, sans préjudice des dommages-intérêts.

Au cours de la tutelle, le subrogé tuteur aura mission de réunir le Conseil de famille lorsque les circonstances l'exigent, et, en défaut, le Conseil de famille sera convoqué d'office par le juge de paix.

De plus, lorsqu'il résultera d'un acte authentique que des valeurs nouvelles sont échues au mineur ou à l'interdit, le notaire rédacteur de l'acte sera tenu, sous sa responsabilité, d'en informer le juge de paix, et les créanciers du pupille pourront convoquer le Conseil de famille.

Un recours est ouvert au Tribunal contre toute délibération du Conseil de famille déterminant l'hypothèque légale. Le pupille après sa majorité ou son émancipation, ou l'interdit après la mainlevée de l'interdiction ou leurs héritiers pourront toujours requérir inscription.

La détermination de l'hypothèque destinée à garantir la bonne gestion du patrimoine des internés dans un établissement d'aliénés résulte d'un jugement et l'inscription doit être prise dans les vingt jours à la diligence du greffier du Tribunal.

128. *Les hypothèques légales du trésor.* — De même l'hypothèque légale du Trésor, visée par l'art. 2121 du Code civil, est soumise au principe de la spécialité, tant au point de vue des immeubles grevés, qu'au point de vue des sommes garanties. Celle de l'Etat,

a la différence de celle des départements, communes, etc., s'étend aux immeubles acquis à titre onéreux par les femmes des comptables (art. 19, 4°). La Commission rejette d'une manière absolue l'inscription préventive en imposant à tous les comptables l'obligation d'énoncer leur qualité dans les actes où ils sont parties, soit par eux-mêmes, soit par leurs femmes, afin de pouvoir retrouver, le cas échéant, les immeubles sur lesquels l'inscription devra être prise lorsque les circonstances l'exigeront, à la diligence des agents du Trésor.

Nous avons déjà dit que le privilège du Trésor pour le recouvrement des frais de justice en matière criminelle (art. 3 de la loi du 5 septembre 1807) est transformé en une simple hypothèque légale. Cette hypothèque est étendue aux amendes, en considération de la suppression de l'hypothèque judiciaire établie par le projet (art. 19, n° 5), et aux créances résultant des condamnations au profit du Trésor public, en matière fiscale (art. 19, n° 6).

129. *L'hypothèque pour garantie d'une émission d'obligations. Créances hypothécaires à ordre ou au porteur. Les bons hypothécaires.* — Des règles spéciales sont édictées en ce qui concerne l'hypothèque consentie pour la garantie d'une émission d'obligations pour légaliser et améliorer le système que la jurisprudence a sanctionné pour permettre de tourner les difficultés qui s'opposent à la réalisation de ce genre d'opérations. On sait qu'une loi du 1^{er} août 1893 décide qu'il pourra être consenti hypothèque au nom de toute société commerciale, en vertu des pouvoirs résultant de son acte de formation même sous seing privé ou des délibérations ou autorisations constatées dans les formes réglées par ledit acte et que la jurisprudence valide les inscriptions prises par un gérant d'affaires notamment au cas où le banquier qui intervient en qualité de stipulant à l'acte constitutif d'hypothèque requiert l'inscription dans l'intérêt des tiers qui deviendront souscripteurs et dans la suite cessionnaires ou porteurs des obligations hypothécaires émises par une société (1).

Le projet décide que quand un emprunt doit être garanti hypothécairement, l'acte qui contient la promesse sera reçu en la forme authentique ; cette promesse d'hypothèque donnera lieu à une inscription préparatoire, ou prénotation, requise par le soin de l'em-

(1) Planiol et Ripert, XII (Becqué), n° 722 et 727.

prunteur, dont la date fixera le rang de priorité des obligataires futurs. L'acte constitutif d'hypothèque, ultérieurement inscrit, dans un délai de six mois, soit par le représentant des obligataires, soit par l'un d'entre eux, n'en sera que la confirmation, de sorte qu'il y aura toute sûreté pour les obligataires et les tiers ne pourront se plaindre d'une rétroactivité qui ne leur porte point de préjudice, étant avertis de la diminution de crédit qui frappe l'immeuble au jour même de la prénotation (art. 45 et 59).

En ce qui concerne les créances hypothécaires revêtues de la clause à ordre ou au porteur le projet décide qu'il ne peut être opposé au cessionnaire que les exceptions reçues de droit commun contre les titres de cette nature (art. 46).

Nous avons parlé déjà de l'hypothèque sur soi-même ou cédule foncière de la loi du 9 messidor an III (1), de la dette foncière du droit allemand (2) et du système de mobilisation du crédit foncier réalisé par le Code suisse (3). La Commission du cadastre n'accepta aucun de ses systèmes et elle pensa qu'il fallait renoncer à l'idée de la création unilatérale de bons hypothécaires : ces bons ne pourront être délivrés, dans son système, qu'en représentation d'une obligation préexistante. L'évaluation du gage est faite par le créancier qui aura intérêt à connaître la véritable valeur de l'immeuble, puisque, s'il reste porteur des bons hypothécaires, le remboursement de sa créance dépendra de l'exactitude de son appréciation et que, d'autre part, il aura d'autant plus de facilité à céder son titre que le gage sera plus solide.

Ces bons sont dégagés de toute cause d'invalidité. L'art 47 exige le consentement formel du débiteur et, le cas échéant, du propriétaire de l'immeuble. Leur création peut avoir lieu soit au moment où la créance naît, soit ultérieurement. Le fractionnement se fera en autant de coupure que les parties le voudront, et ces divers bons pourront être établis, suivant un ordre déterminé de priorité, et ils forment titre exécutoire contre le débiteur et contre tout détenteur de l'immeuble grevé. Ils sont transmissibles par voie d'endossement et les endosseurs ne sont garantis que de l'inscription de l'hypothèque au livre foncier (art. 47 et 48).

(1) V. n° 96.

(2) V. n° 111.

(3) V. n° 111.

130. *Constitution de l'hypothèque à l'étranger. Suppression de l'hypothèque sur biens à venir. Les suppléments d'hypothèque.* — L'art. 44 dispose que l'hypothèque peut aussi être constituée en pays étranger sur des biens situés en France, par acte dressé selon les formes requises par la loi du lieu, afin de parer aux inconvénients de l'art. 2128 du Code civil.

L'art. 49 dispose que les biens à venir ne peuvent être hypothéqués, même à titre de garantie complémentaire d'une hypothèque sur biens présents. Si les immeubles assujettis à l'hypothèque périculisent ou éprouvent de telles dégradations qu'ils soient devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci peut demander un supplément d'hypothèque à défaut duquel la créance sera immédiatement exigible (art. 50).

131. *Suppression du renouvellement décennal. Les intérêts. Délai au cas de décès du débiteur. Suppression du délaissement et du bénéfice de discussion.* — Les inscriptions prises ne se périssent pas ; elle conservent leur effet jusqu'à la radiation (art. 63). Le renouvellement décennal est par suite supprimé. Le projet donne au créancier un délai de trente jours, à dater de la constitution du privilège ou de l'hypothèque, pour prendre inscription du chef du débiteur décédé, monobstant l'acceptation bénéficiaire ou la vacance de succession, la faillite ou liquidation judiciaire (art. 73).

Lorsque la créance est inscrite comme produisant des intérêts ou arrérages, le créancier a droit d'être colloqué pour ces intérêts ou arrérages, mais seulement pour les deux dernières années échues, au même rang que le capital, sous préjudice des inscriptions particulières à prendre, avec effet à compter de leur date pour les intérêts ou arrérages plus anciens (art. 76). En ce qui concerne le droit de suite, le projet supprime le bénéfice de délaissement et le bénéfice de discussion.

132. *La transmission des droits de privilège ou d'hypothèque.* — En ce qui concerne la transmission de la créance hypothécaire, nous avons déjà montré l'insuffisance de publicité que procure le système de l'art. 1690 du Code civil.

La commission du cadastre s'avisait de rendre obligatoire l'usage de l'inscription de la cession ou de la subrogation en marge de l'inscription originale ; mais l'expérience de la loi belge (art. 5 de la loi du 16 décembre 1851) la fit réfléchir sur la sanction à édicter à défaut de l'observation de la formalité. Le législateur belge n'avait

pas entendu supprimer l'art. 1690 du Code civil ; dès lors des complications s'étaient présentées dans le cas où les deux formalités n'avaient pas eu lieu dans le même ordre chronologique. Si l'on suppose en effet, que la créance a été cédée à deux personnes et que celle qui a signifié la première la cession faite à son profit soit devancée au bureau foncier par le second cessionnaire, comment réglera-t-on le conflit ? Notamment au cas où entreraient en scène les créanciers du cédant et ceux du cessionnaire ou les créanciers de deux cessionnaires successifs ?

Dès lors le Comité renonça à concilier les deux dispositions tout en conservant les deux formalités. Lorsque le cessionnaire a signifié la cession au débiteur, il sera saisi d'une façon définitive de la créance cédée ; mais d'un autre côté l'omission de la formalité hypothécaire ferait perdre au créancier, dans la mesure de l'intérêt des tiers non avertis de la signification, la sûreté immobilière résultant du droit accessoire dont l'inscription est la formalité substantielle.

La sanction ne serait donc pas la nullité de la cession, mais la précarité du droit hypothécaire. La faculté de donner mainlevée de l'inscription appartient en effet au titulaire de cette inscription. Le cessionnaire qui a ainsi perdu l'hypothèque ne peut s'en prendre qu'à lui-même, puisqu'il n'avait qu'à faire mentionner la cession au livre foncier : la formalité de l'art. 1690 du Code civil lui conserve encore la créance à titre chirographaire.

M. Challamel observe que le cessionnaire négligent est puni ainsi dans la mesure exacte de sa négligence, et, d'autre part, le crédit public est garanti dans la mesure où il a besoin de l'être, les tiers ayant la certitude légale de n'avoir pas à souffrir du défaut de mention au livre foncier, d'une cession qui demeure valable, mais qui est dépouillée de la sûreté hypothécaire précédemment attachée à la créance (1). Il nous semble toutefois que les tiers intéressés soient les successifs cessionnaires à qui le primitif créancier aura cédé l'hypothèque après l'avoir déjà cédée au premier cessionnaire qui a négligé de faire mentionner la cession. Dès lors les nouveaux cessionnaires qui auront mentionné la cession auront seuls le droit de donner mainlevée ; mais ils ne pourront pas exercer leur droit de créance puisque, en hypothèse, ils n'auront pas signifié la cession au débiteur : ils ne sauront que faire de leur hypothèque,

(1) Rapport, fasc. VII, p. 139.

n'étant pas créanciers. Le débiteur d'autre côté, sera tenu de payer à l'égard du premier cessionnaire et ne pourra pas demander mainlevée de l'hypothèque.

Ce système s'applique à toute subrogation, soit conventionnelle, soit légale, comme à la cession proprement dite.

Mais il nous semble que les observations de M. Challamel ne soient pas pertinentes et qu'au contraire le système proposé donne lieu à une situation insoutenable. Au cas de cession de la créance hypothécaire, qui est l'hypothèse qu'il faut envisager d'abord, le cessionnaire qui n'a pas fait mentionner la cession au livre foncier est privé de son droit hypothécaire au regard d'un cessionnaire successif qui a observé les formes prescrites pour la conservation de l'hypothèque ; mais en même temps, s'il a observé les formalités prescrites par le Code civil pour la cession de la créance, celle-ci lui est conservée à titre chirographaire. Cette situation, loin de ne présenter aucune dissonance quant au régime de publicité absolue du livre foncier et aucune injustice au regard du créancier, comme on lit dans le rapport de M. Challamel, expose le cessionnaire qui conserve la créance à titre chirographaire à une perte inutile de l'hypothèque, car celle-ci ne peut plus profiter désormais au cessionnaire qui a inscrit le premier, du moment qu'il a perdu sa créance ; d'autre part le débiteur n'a pas d'intérêt à payer le véritable et unique créancier (le cessionnaire, créancier à titre chirographaire), car il ne pourra pas en obtenir valablement la mainlevée de l'inscription et il devra s'adresser au titulaire inscrit, qui seul aura le droit de valablement donner mainlevée, mais qui, n'étant pas créancier, n'aura aucun intérêt à la donner, à moins de recevoir paiement d'une créance qui n'est désormais plus la sienne : ce qui est absurde.

Il nous semble, par suite, que le système proposé par la Commission du Cadastre ne soit pas acceptable. Ce système pourrait trouver une application plausible seulement au cas de subrogation ou de cession d'antériorité, car, dans ce cas c'est justement l'hypothèque qui intéresse et non la créance et il n'y aurait pas lieu au conflit que nous venons d'exposer.

Le système de la loi belge, jugé malheureux par la Commission du Cadastre, est bien plus acceptable, car les difficultés, qui tiennent à la combinaison de la disposition de l'art. 5 de la loi hypothécaire avec celle de l'art. 1690 peuvent être résolues à l'aide d'une interprétation.

L'art. 5 de la loi du 16 décembre 1851 a été modifié par l'art. 3 de la loi du 10 octobre 1913 qui a ajouté un alinéa à l'ancienne disposition. Il est à présent ainsi conçu :

« La cession d'une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite, de même que la subrogation à un droit semblable, ne pourra être opposée au tiers, si elle ne résulte d'actes énoncés en l'art. 2, et s'il n'est fait en marge de l'inscription mention de la date et de la nature du titre du cessionnaire avec indication des noms, prénoms, professions et domiciles des parties.

Il en est de même de la cession du rang hypothécaire ainsi que de la dation en gage d'une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite. »

La formalité de publicité ne devrait pas déroger à l'art. 1690 dans les cas, où, malgré la publicité, la signification de l'art. 1690 a sa raison d'être ; la signification ne devrait présenter plus d'intérêt quand, en présence de la publicité, elle n'a plus de raison d'être.

En effet, suivant l'interprétation de M. Laurent (1) non suivie par les autres auteurs qui ont commenté la loi hypothécaire belge (2), en ce qui concerne le débiteur de la créance cédée, le système belge maintient le système de la signification et la formalité de publicité ne peut pas en tenir lieu, puisqu'elle n'avertit pas le débiteur qu'il a changé de créancier : le législateur n'a pas voulu obliger le débiteur à se transporter au bureau des hypothèques aussi souvent qu'il a un paiement à faire.

Au regard d'un second cessionnaire de la créance, si le premier cessionnaire n'a pas publié la cession, il ne peut l'opposer au second qui a observé la formalité, mais puisque le cessionnaire pour être saisi à l'égard du débiteur doit lui signifier la cession, il y aura un conflit qu'il faut régler. Le premier cessionnaire publie la cession sans la signifier et le second la signifie sans l'inscrire, le second est saisi à l'égard du débiteur, qui peut et doit payer entre ses mains. Le premier cessionnaire étant toutefois propriétaire de la créance à l'égard du cédant et du second cessionnaire en vertu de la publicité, aura un recours contre le second cessionnaire. Si les deux cessionnaires ont observé la formalité de publicité, le premier inscrit sera propriétaire. S'ils ont signifié leurs

(1) Laurent, XIX, n° 244 à 253.

(2) Martou, *Comm. de la loi de 1851*, p. 208, n° 193.

cessions à des dates différentes, dans le conflit des deux cessions le débiteur devra payer à celui des cessionnaires qui prouvera sa propriété, donc à celui qui le premier a rempli la publicité.

En conclusion, dans le cas d'une cession faite à plusieurs cessionnaires, le conflit entre les cessionnaires du point de savoir lequel d'entre eux est propriétaire de la créance, est décidé par l'antériorité de l'observation de la formalité de publicité ; s'il s'agit de savoir à qui le débiteur peut et doit payer il faut appliquer l'art. 1690. Lorsque toutefois le débiteur a connaissance de la double cession au moyen de la signification de l'art. 1690 il doit payer à celui qui résulte propriétaire en vertu de la publicité.

Au cas où le cessionnaire d'une créance hypothécaire fait publier la cession sans la signifier, lorsque, antérieurement à la publication, les créanciers du cédant saisissent la créance, le cessionnaire pourra former opposition à la saisie, car la créance n'est plus dans le patrimoine du débiteur. Il est vrai que le cessionnaire n'est pas saisi à l'égard du débiteur, mais il s'agit d'un conflit entre le cessionnaire et le créancier saisissant qui ne doit pas être réglé par la signification mais par la publicité.

Cette solution nous semble préférable à celle proposée par la Commission du Cadastre, suivant laquelle le droit à l'hypothèque reste sans effet, comme au cas d'extinction de la créance, au cas où un premier cessionnaire signifie la cession sans la publier, ou bien au cas où un cessionnaire publie la cession sans la signifier, ou en la signifiant après le premier cessionnaire. Le premier acquiert la créance sans l'hypothèque; le second acquiert une hypothèque inutile du moment qu'il n'acquiert pas la créance. Ce système aboutit à une perte inutile de l'hypothèque, qui ne profite à personne. L'interprétation donnée par le rapporteur Challamel aboutit à une absurdité: le créancier purement chirographaire ne pourrait pas donner mainlevée de sorte qu'il ne pourrait pas obtenir le paiement ; le titulaire de l'hypothèque n'aurait pas d'intérêt à donner mainlevée, n'ayant pas le droit d'exiger le paiement.

Il est vrai que dans ce système la publicité donne la certitude au cessionnaire que l'hypothèque n'a pas encore été cédée à autrui ; mais pour acquérir valablement l'hypothèque, le cessionnaire doit en même temps s'assurer de l'existence de la créance, qui dépend de l'antériorité de la signification au débiteur ; dès lors, si, à défaut de signification, il n'arrive pas à acquérir la créance quel avantage peut lui procurer la faculté de priver un autre cession-

naire de l'hypothèque, du moment que cette hypothèque ne peut pas lui profiter ?

Un système très simple, qui consisterait à donner la préférence entre plusieurs cessionnaires à celui qui a publié le premier la cession, serait de nature à préjudicier au débiteur qui ne devrait pas payer avant d'avoir vérifié que la créance n'a pas été cédée. On pourrait parer à cette difficulté en imposant la signification au débiteur, non pas de la cession mais de la publication de la cession. Le cessionnaire devrait signifier au débiteur la cession, avec la mention du conservateur de la publication au bureau des hypothèques contenant ainsi la déclaration qu'il n'a pas été opéré d'autre publication antérieure. A défaut de signification le débiteur devrait payer entre les mains du créancier originaire ; au cas de signification de cession, il devrait payer au cessionnaire et tout conflit serait rendu impossible.

Mais cette solution se heurte contre une objection qui lui est commune avec celle de la préférence pure et simple donnée à la publicité : au cas de cession d'une créance sans que le créancier ait fait mention de la sûreté dont elle est pourvue et qui peut résulter d'un acte postérieur, le cessionnaire de bonne foi de la simple créance chirographaire pourrait se voir évincé par un second cessionnaire qui eût publié la cession et qui l'eût signifiée au débiteur.

L'objection est certainement d'un grand poids. Il faudrait dès lors sacrifier ou le cessionnaire de la créance hypothécaire, ou bien le cessionnaire de la créance purement chirographaire. On pourrait décider qu'au cas où la constitution de la sûreté n'est pas contextuelle à la créance, la publicité ne tranché pas le conflit entre le cessionnaire de l'hypothèque et le cessionnaire de la créance chirographaire. Le cessionnaire de l'hypothèque, qui est à même de connaître l'existence de la créance antérieurement à la sûreté, pourrait être logiquement obligé de s'assurer que le débiteur n'a pas déjà reçu une signification de cession par un cessionnaire de la simple créance. Mais on pourrait aussi écarter cette exception en sacrifiant le cessionnaire de la simple créance lorsqu'à la créance a été attachée une sûreté.

Nous jugeons par conséquent que le système préférable serait celui que nous venons d'exposer, et que, tout au moins, il faudrait accepter le système belge suivant l'interprétation de M. Laurent, qui nous semble certainement supérieur à celui de la Commission du cadastre.

Dans ce système, au cas où la femme mariée peut céder son hypothèque légale ou y renoncer au profit d'un tiers, cette cession ou renonciation ne peut être faite que par acte authentique. Les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers que par la mention de cet acte au livre foncier. Les mêmes règles sont applicables à tout acte par lequel le créancier hypothécaire ou privilégié consent une cession d'antériorité, ou dispose autrement de son droit d'hypothèque ou de privilège, sans disposer de sa créance (art. 83). Nous avons dit que l'art. 3 de la loi belge du 10 octobre 1913 a impunément visé la cession du rang hypothécaire et la dation en gage d'une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite.

133. *Suppression de la prescription de l'hypothèque.* — La Commission fut amenée à la suppression de cette institution par le spectacle des efforts accomplis dans ce but par les législations belges et italiennes. La loi belge, tout en maintenant la doctrine de l'art. 2180 a supprimé la prescription privilégiée par dix-à-vingt ans et décidé que l'hypothèque ne serait prescrite que par le plus long temps requis par la prescription des droits immobiliers. Elle a autorisé le créancier à exiger un titre reconnaîtif, ce qui permet d'éviter l'action en reconnaissance d'hypothèque et les frais qui en sont la suite ; mais elle a maintenu la règle que les inscriptions prises n'interrompent pas la prescription (art. 108, 1^o, 16 déc. 1851).

La Commission y a vu un système bâtard qui laisse en principe, subsister les inconvénients de la loi française. Il en est de même dans la loi italienne. L'art. 2030 du Code civil italien décide : « Les hypothèques s'éteignent légalement par la prescription, laquelle, à l'égard des biens possédés par le débiteur s'accomplit par la prescription de la créance, et, à l'égard des biens possédés par les tiers, aussi par le laps de trente ans, suivant les règles établies au titre de la prescription » (1). Dès lors, le projet supprime la prescription de l'hypothèque.

134. *La purge des hypothèques.* — Le projet maintient la purge des hypothèques, mais il décide que l'acquéreur doit se déclarer prêt à défaut par les créanciers de surenchérir dans les délais légaux, à acquitter entre leurs mains ou à consigner le montant des dettes exigibles et se reconnaître personnellement tenu de celles non exi-

(1) La Doctrine estime que la prescription commence à courir du jour de l'acquisition.

gibles, mais seulement jusqu'à concurrence du prix. Quant aux créances non échues qui ne viennent en ordre utile que pour partie sont assimilés aux créances exigibles, si le créancier le requiert.

Le projet n'accepte pas l'extension des droits de purger aux bailleurs de fonds, pas même dans les limites de la loi sur les sociétés de Crédit foncier.

Des règles spéciales sont édictées sur les formalités de la purge.

135. *Le premier établissement des livres fonciers.* — Il nous reste à dire un mot sur le problème du premier établissement du livre foncier, qui constitua la pierre d'achoppement de la réforme. La commission écarta le système qui ferait dépendre de la libre volonté des propriétaires de placer leurs immeubles sous le nouveau régime en requérant l'immatriculation ou en les maintenant en dehors de l'action de la nouvelle législation et elle posa la règle fondamentale qu'il serait procédé à l'établissement des livres fonciers dans chaque commune par voie de mesure générale et obligatoire et non suivant une graduation réglée par les options de propriétaires.

Le cadastre renouvelé devant former la base des livres fonciers, les opérations relatives à leur création n'eussent pu naturellement s'ouvrir qu'au fur et à mesure que le renouvellement fût achevé dans chacune des circonscriptions prises comme unité d'établissement des registres, les communes.

Le projet écartait, par suite, une solution intermédiaire qui, tout en imposant l'immatriculation de chaque immeuble, aurait permis de la différer jusqu'au premier transfert, plus exactement jusqu'au moment où une formalité de publicité serait devenue nécessaire, soit pour la consolidation, soit pour la conservation d'un droit réel.

Nous n'avons pas à exposer en détail la procédure établie pour la constitution des livres fonciers et pour l'immatriculation de chaque immeuble. Elle devait être ordonnée par chaque commune par arrêt ministériel et les conservateurs avaient mission de conduire les opérations relatives.

De même nous nous dispensons de donner des précisions quant à la forme et à la conservation des livres fonciers.

Nous allons voir dans le chapitre suivant que la procédure d'immatriculation des immeubles au livre foncier, basée sur la réfection du cadastre, constitua comme nous l'avons déjà dit, la pierre d'achoppement de la réforme.

CHAPITRE IV

Les projets d'amélioration du système actuel de publicité personnelle

136. *Réaction contre le système des livres fonciers.* — Tandis que la Commission extraparlamentaire du cadastre travaillait à l'œuvre que nous venons de résumer, toute une série de Congrès proclama la déchéance de l'idée des livres fonciers, qui avait suscité tant d'enthousiasme.

Ce fut tout d'abord le Congrès International de la propriété foncière à Paris, du 17 au 22 octobre 1892, qui par un retour inattendu sur les conclusions prises par le même Congrès en 1889, vota, dès le début, une proposition de M. Fabre, notaire, suivant laquelle le Congrès invitait les Chambres à poursuivre dans le plus bref délai la réforme hypothécaire au moyen de l'extension rationnelle de la loi de 1855 sur la considération que l'organisation d'une publicité réelle paraissait se heurter à des difficultés insurmontables et ne pas répondre d'ailleurs à un besoin urgent (1).

Immédiatement après le Congrès de la Société des Agriculteurs de France en 1893 demanda un retour au projet de 1850 (2); et de même les Congrès de la propriété bâtie qui se tinrent à Lyon en 1894, à Rouen en 1896 et les Congrès Internationaux de la propriété bâtie et de la propriété foncière de 1900 se prononcèrent favorablement à l'extension de la loi de 1855, et de la publicité personnelle.

Tous ces Congrès portèrent l'écho de la résistance du notariat, des praticiens et des agents de l'Enregistrement qui se virent lésés

(1) Rapport de M. Fernand Bally, notaire, sur le Congrès de 1892, Voiron, 1892.

(2) Circulaires et mémoires du Comité des Notaires des départements, t. II, p. 37.

dans leurs intérêts et froissés dans leur amour-propre. La cause principale de l'échec du système des livres fonciers, fut l'idée, à ce temps là ancrée dans tous les esprits, que l'établissement des livres fonciers supposerait, comme condition préalable et nécessaire, la réfection entière du cadastre, opération colossale qui entraînerait des frais énormes, que les collectivités intéressées, Etat, Départements, Communes, ne se souciaient guère de fournir (1).

Nous verrons que cette objection a perdu beaucoup de son importance depuis que la loi du 1^{er} juin 1924, en maintenant dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, le système des registres fonciers, a montré la possibilité d'établir des livres fonciers et d'organiser une publicité complète et efficace de la propriété immobilière et des droits réels immobiliers sans procéder à la refonte du cadastre (2).

Mais la Commission du cadastre avait établi d'une façon péremptoire la nécessité de cette réfection et avait fait dépendre de celle-ci toute l'organisation de son système de publicité ; ce fut dès lors cette question qui constitua la pierre d'achoppement de la réforme (3).

137. *Historique des projets basés sur la publicité personnelle.* — C'est ainsi que depuis 1892 abondèrent les projets de réforme basés non plus sur la publicité réelle, mais sur l'amélioration du régime actuel, tout en conservant les formes personnelles de la publicité.

Le 1^{er} février 1894, MM. Dupuy-Dutemps, Brisson et Georges Leygues, députés, déposèrent à la Chambre une proposition de loi portant modification du régime de publicité en matière de trans-

(1) Dans ce but une loi très-modeste du 17 mars 1898, due à l'initiative de M. Boudenot, député et président de la Sous-Commission technique de la Commission extraparlamentaire du Cadastre, a pris diverses mesures pour faciliter la révision du Cadastre, notamment les subventions de l'Etat aux départements et aux communes ; dans les communes où le Cadastre a été refait, les notaires et tous les rédacteurs d'actes, même sous seings-privés, doivent, sous peine d'une amende de 25 fr., en principal, désigner les immeubles d'après ses données (art. 9). Une loi du 20 mai 1915 a obligé les notaires à déposer au bureau de l'enregistrement un extrait des actes portant translation ou attribution de propriété immobilière, pour que l'administration puisse constater les mutations cadastrales. (V. aussi Décret du 1^{er} mars 1929, *J. O.*, 15 mars 1929, et loi du budget du 16 avril 1930, art. 8).

(2) V. n^{os} 175 et s., 192.

(3) Ces critiques furent résumées par M. Fabre, notaire, dans la séance de la Commission plénière du 16 février 1905, v. Procès-verbaux, fasc. 9, p. 707.

mission immobilière, de privilèges et d'hypothèques (1), qui fut renvoyé à la Commission du Code de procédure et n'eut aucune suite.

La même année (1894) le Comité des Notaires des départements rédigeait une proposition de loi, inspirée de tous les travaux antérieurs et, notamment, de ceux de la Commission extraparlamentaire du cadastre (2).

Le 28 octobre 1895, M. Léopold Thézard, sénateur, déposait une proposition de loi qui n'embrassait que la réforme de la transcription (3). Ce projet fut renvoyé à la sixième commission d'initiative parlementaire, qui présenta un rapport sommaire dû à M. Brusset, sénateur (4).

Le 27 octobre 1896, M. le Garde des Sceaux Darlan déposa au Sénat un nouveau projet (5), qui reprenait et combinait les dispositions du projet notarial et les résolutions de la Commission du cadastre et fut renvoyé à la même commission que celui de M. Thézard (6).

Entre temps, M. Guillaume Chastenet, député, présenta à la séance du 22 juin 1900, une proposition de loi sur la sécurité du titre foncier, qui fut renvoyée à la Commission de réforme judiciaire et de législation civile (7).

Après sept ans d'études sur le projet Darlan, M. Thézard, rapporteur, fournit au Sénat un rapport très documenté qui concluait à un contre-projet bouleversant les dispositions primitives de ce projet (8).

(1) *J. O.*, Chambre, Doc. S. O. 1894, Annexe 344.

(2) Circulaire trimestrielle n° 225 du 2 décembre 1894 dans le *Recueil des Circulaires et Mémoires du Comité*, t. XI, p. 693.

(3) *J. O. Sénat*, Doc. S. O. 1895, Annexe n° 8.

(4) *J. O. Sénat*, Doc. S. O. 1896, Annexe n° 8.

(5) *J. O. Sénat*, Doc. S. O. 1896, Annexe n° 2.

(6) M. Cochery, ministre des Finances, dans le but de compléter le projet de M. Darlan, par une révision parallèle de la législation fiscale, déposa à son tour, à la Chambre deux projets additionnels, l'un du 13 février 1897, qui avait trait à la réorganisation administrative et réglementaire des bureaux d'hypothèques, l'autre du 5 avril 1897, qui était relatif à la transformation en une taxe proportionnelle des divers droits perçus sur les formalités hypothécaires. L'art. 18 de la loi des Finances du 30 mai 1899 décidait un remaniement des circonscriptions des conservateurs d'hypothèques avant le 1^{er} janvier 1901.

(7) *J. O. Chambre*, 22 juin 1900, Annexe n° 1741.

(8) Rapport déposé le 29 mars 1904, *J. O. Sénat*, Doc. S. O. 1904, Annexe III.

Le texte fut encore plusieurs fois remanié, édulcoré, ainsi qu'en témoigne le rapport supplémentaire de M. Girard en date du 13 juin 1907 (1) et fut discuté et voté en première et en seconde lecture dans les séances des 23 et 27 octobre, 1^{er} et 3 décembre 1908 (2).

Le projet, présenté à la Chambre le 3 décembre 1908, fut l'objet d'un très volumineux rapport de M. Viollette, déposé sur le bureau de l'Assemblée, le 19 janvier 1909 (3), qui était aussi relatif à la proposition de loi de M. Chastenot sur la sécurité du titre foncier.

A la séance du 21 décembre 1909, un rapport supplémentaire fut présenté par M. Viollette (4) et la Chambre des Députés, dans sa séance du 20 juillet 1915, adopta avec certaines modifications le projet de loi voté par le Sénat et ce projet fut présenté au Sénat dans sa la séance du 10 avril 1915 (5), mais ne vint pas en discussion.

En 1921, MM. Richard et Laget (6), présentèrent une nouvelle proposition de loi, qui fut reprise devant la législature de 1925 (7).

138. *Examen des projets basés sur la publicité personnelle.* Plan (8). — Sans assujettir ces différents projets à un examen détaillé et analytique, nous exposerons les différentes solutions données aux problèmes de la publicité foncière en prenant pour base le projet Darlan et en exposant les modifications apportées par les autres propositions législatives et suggérées par la Doctrine.

(1) J. O. Sénat, S. O. 1907, Annexe n° 158.

(2) J. O., n°s des 24 et 28 octobre, 2 et 4 décembre 1908.

(3) J. O., Chambre, Doc. S. O. 1909, Annexe n° 3256.

(4) Annexe n° 2939.

(5) Annexe n° 296.

(6) 7 juillet 1921, Doc. arl. Chambre, n° 3027, p. 2250.

(7) J. O., Doc. arl. Chambre, Annexe n° 1532, p. 590.

(8) De Loynes, *Le Code civil et le crédit, Régime hypothécaire, Régime de la transmission de la propriété, Livre du Centenaire*, I, p. 383, et extrait, Paris, Rousseau, 1904 ; de Loynes, *Introduction et la Réforme in Baudry-Lacantinerie et de Loynes*, t I, pp. 1 à xciii ; de Loynes, *Le projet de loi sur la réforme du régime hypothécaire* (projet Darlan), *Rev. Critique*, 1897, pp. 229 à 249, 360 à 381 ; Guillaouard, *La révision du régime hypothécaire établi par le Code civil, Livre du Centenaire*, pp. 415 à 439 et extrait, Paris, 1904 ; Besson, *Le crédit foncier et les charges de la propriété immobilière*, rapport au Congrès international de la propriété foncière, Paris, 1900 ; Flour de Saint-Genis, *Le Crédit territorial en France et la réforme hypothécaire* ; Perreau, *Revue critique*, 1911, pp. 495 à 499 ; *Publicité foncière et régime hypothécaire*, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1909, p. 199 ; 1922, p. 251 ; 1925, p. 986 ; Raveton, *Rapport au Congrès de la propriété*

139. *Formes de la transcription.* — D'une façon générale, nous savons déjà que tous ces projets se bornent à étendre, à améliorer le régime de la propriété foncière tout en conservant les formes actuelles de cette publicité, c'est-à-dire le système de la publicité personnelle : ils tendent à généraliser la règle de la publicité en faisant des registres des conservateurs des hypothèques de véritables registres de l'état juridique des immeubles.

Le projet Darlan posait même le principe de la publicité réelle, en ordonnant de tenir un répertoire par immeuble porté sur le registre de la conservation (art. 38), ce qui aurait été l'amorce du feuillet réel, suivant une idée chère à Flour de Saint-Genis (1). Mais le projet ne renfermait aucune disposition pour parvenir à l'individualisation des immeubles et on ne voyait pas comment les conservateurs auraient pu établir avec exactitude et certitude ce répertoire par immeuble (2). Dès lors, le projet voté au Sénat supprima cet article sur la proposition du rapporteur qui observa que « le conservateur qui essaierait de constituer un tel répertoire tenterait la plus impossible des tâches » (3).

Dans sa proposition de loi sur la sécurité du titre foncier du 22 juin 1900, M. Chastenet reprenait cette mesure (art. 5) en soutenant que la Commission du cadastre ne pouvait aboutir qu'à des travaux fatalement stériles, puisque au terme de son mandat, la révision du cadastre devait être le préliminaire des livres fonciers, tan-

bâtie de 1897, *Gaz. Trib.*, 2 juin 1897 ; Lebreton, *Rev. critique*, 1904, xxxiii, p. 616 ; Génébrier, *La Loi*, nov.-déc. 1898 ; Duffussat, thèse, Paris, 1898 ; Grasset, thèse, Montpellier, 1907 ; Ferron, thèse, Bordeaux, 1897 ; Chaîne, *La réforme hypothécaire au Sénat au point de vue de la Transcription*, thèse, Dijon, 1909 ; Dain, *Revue algérienne et tunisienne de lég. et jur.*, 1887 ; Paul Magnin, *Etude sur la publicité de transmissions de droits immobiliers et les livres fonciers*, thèse, Grenoble, 1896 ; Rousseau, thèse, Poitiers, 1893 ; S.-B. Hennequin, *Du Cadastre*, projet de réfection juridique avec révision périodique, Paris, 1900 ; Gayraud, thèse, Montpellier, 1913 ; F. Roger, *La réforme du régime foncier en France*, Paris, 1922 ; Roger, *Le principe de la publicité foncière*, *Rev. Critique*, 1924, p. 137 ; De la publicité foncière, *Rev. critique*, 1924, p. 137 ; Dereux, *L'évolution actuelle de la notion du livre foncier*, *Rev. trimestrielle*, 1925, p. 141.

(1) *Les livres fonciers, d'après le Code civil*, *Annales de l'Enregistrement*, 1897, p. 48 ; Commission du Cadastre, séance du 3 décembre 1891 ; La Hollande possède à la fois les registres personnels et le registre par immeuble ; mais son cadastre est parfaitement tenu. V. Besson, *op. cit.*, p. 221.

(2) De Loynes, *Le projet de loi sur la réforme du régime hypothécaire*, *Revue critique*, 1897, p. 229.

(3) Rapport Thézard, p. 282.

dis que c'est l'inverse qui est seul possible. « Ce n'est point par la révision lente et coûteuse du cadastre d'Etat, condamné dans tous les pays, qu'on peut assurer la réforme normale de notre législation foncière », observait-il dans son rapport (1).

Le rapport de M. Viollette revint sur cette proposition pour arriver à renoncer à la création d'un répertoire immobilier et le projet voté par la Chambre n'en fait pas mention.

La proposition de MM. Lafarge et Saget renfermait une disposition concernant la tenue du cadastre : toute mutation immobilière devrait être signalée au contrôleur des Contributions directes en vue de la tenue à jour du cadastre ; le notaire et le greffier seraient tenus de cette notification.

Le projet Darlan ainsi que les autres projets, conservait la double formalité de la transcription et de l'inscription ; mais il faut examiner les modalités de la formalité dans les différents projets.

Du moment que le système Darlan n'organisait pas les registres fonciers il ne pouvait pas songer à opérer la publicité conformément aux dispositions du Code civil allemand et au projet de la Commission du cadastre, par une simple mention sur le feuillet consacré à l'immeuble ; mais d'autre part, il tâchait de remédier aux inconvénients de la transcription de la loi du 23 mars 1855. A ce point de vue ce projet se rapprochait du Code civil italien qui organise la publicité de la transcription du contenu d'un bordereau (art. 1936), sur lequel doivent figurer certaines énonciations énumérées dans l'art. 1937 et qui doit être littéralement reproduit sur le registre du conservateur. Ce système est uniforme pour tous les actes, qu'ils soient authentiques ou sous seing-privé, les signatures des parties, quant à ces derniers, devant être authentiquées par un notaire ou judiciairement certifiées (2).

Le projet Darlan, n'ayant pris aucune précaution de ce genre, disposa que, lorsque le titre consiste en un acte notarié, un jugement ou un acte administratif, la transcription ne s'opère pas moyennant la reproduction littérale du titre, mais par le dépôt d'un extrait analytique qui offre une grande analogie avec le bordereau du système italien. Quand il s'agit d'un acte sous seing-privé la transcription est encore la reproduction littérale du titre et elle peut l'être aussi dans les autres cas (art. 5).

(1) Pp. 8-9.

(2) V. n° 202.

Il y avait donc deux formes de transcription.

D'après la loi italienne les intéressés sont tenus de remettre au conservateur une expédition ou un original du titre qui reste déposé dans les archives de la conservation des hypothèques et les deux bordereaux. Le conservateur garde l'un des bordereaux et remet l'autre à la partie après avoir certifié au bas de la transcription qui a été opérée. Ces règles présentent la plus grande analogie avec celles du Code civil français pour l'inscription des privilèges et des hypothèques (art. 2148 et 2150). La seule différence consiste en ce que, d'après le Code français, le conservateur rend le titre qui lui a été présenté, tandis que d'après le Code civil italien, il le conserve dans ses archives (1).

Le projet n'exige pas la représentation du titre, si ce n'est que lorsqu'il s'agit d'un acte sous seing privé et il se contente de la remise d'un seul bordereau.

Il n'exige pas non plus la remise de deux bordereaux ou extraits et il se contente d'un seul.

Le texte de l'art. 5 donne lieu à un doute si cet extrait unique doit être remis aux intéressés ou conservé par le conservateur des hypothèques. Ce texte porte : « La transcription est opérée : 1° par le dépôt, 2° par la mention... »

Mais il fut généralement interprété dans le sens que le dépôt eût dû être effectué dans le but de permettre la mention sur les registres mais non pour la conservation de l'expédition ou de l'extrait au bureau de la conservation.

Lorsqu'il s'agit d'une mutation par décès assujettie, comme nous allons le voir, à la publicité, la transcription est opérée par le dépôt d'un extrait du testament ou d'un extrait certifié de la déclaration de mutation.

Sur l'initiative de M. Legrand (2) le Sénat décida, que contrairement à l'art. 5 du projet Darlan, il ne suffirait plus d'un simple extrait analytique de l'acte notarié, du jugement ou de l'acte administratif, mais qu'il faudrait au moins un extrait littéral.

A côté de la transcription d'un extrait littéral, le Sénat conservait le système de la transcription d'une expédition de ces actes et en ce qui concerne les actes sous seing-privé, il conservait le système de la transcription de l'original.

(1) En cas d'inscription hypothécaire le titre est au contraire remis à la partie, comme en France.

(2) V. le rapport de M. Th. Girard, *précité*, p. 126, 3^e col.

La transcription était opérée par le dépôt de ces pièces, non dans le but de leur conservation, mais à l'effet de la publication dans les registres. Cependant, à la mention du projet Darlan était substituée la copie intégrale sur le registre du conservateur du contenu de l'expédition, de l'extrait ou de l'original.

Pour les actes déclaratifs et les mutations par décès dans ce projet la transcription pourra être suppléée par le dépôt d'une copie ou extrait sur papier libre de l'acte ou du jugement ; ces pièces seront recueillies par le conservateur et conservées au bureau de la conservation, portées au répertoire et mentionnées au registre des dépôts, sans autre indication que celles des noms des parties et de la nature de l'acte. La transcription de ces actes ne donnera lieu d'ailleurs à aucun droit au profit du Trésor : seuls seront perçus les salaires du conservateur et du receveur de l'enregistrement (art. 8).

Lorsque ce projet vint à la Chambre des Députés, M. Viollette dans son rapport supplémentaire (1), proposa que la transcription des actes notariés consistât toujours dans la copie d'un extrait littéral (et non de l'acte entier) dans le but de désencombrer dans l'intérêt général les registres de transcription, tout en conservant la copie de l'original pour les actes sous seing-privé. Il proposait en outre de supprimer la faculté accordée par le Sénat de suppléer à la transcription par le dépôt d'une copie pour les actes déclaratifs et les mutations par décès, car ce système eût exigé au bout de quelques années une accumulation prodigieuse de cartons dans les conservations et il eût été coûteux.

En outre, en ce qui concerne les mutations à cause de mort, le rapport de M. Viollette, après avoir assimilé les déclarations de successions légitimes à celles des successions testamentaires, décidait de ne pas laisser le soin de la rédaction de l'extrait au receveur de l'enregistrement mais d'exiger que la rédaction du receveur de l'enregistrement fût certifiée par le déclarant ou par un notaire.

Le projet de loi voté par la Chambre des Députés dans la séance du 20 juillet 1915, renonça cependant au système de l'extrait soit analytique, soit littéral pour les actes notariés en exigeant la copie intégrale de l'expédition sur le registre du conservateur. Le système des extraits littéraux fut admis seulement pour les jugements

(1) Chambre, 21 déc. 1909, *Off.* 11 mai 1910, Doc. Parl. S. E. 1909, p. 2939.

ou les actes déclaratifs. En ce qui concerne les actes sous seings-privés, le projet exigeait la copie intégrale de l'original. La déclaration du receveur de l'enregistrement devait être certifiée par le déclarant, ou par un notaire (art. 5) (1).

Il y a lieu d'observer que la substitution du système de l'inscription par extraits au système de la transcription par reproduction *in extenso* se heurte contre l'obstacle représenté par les actes sous seings-privés.

Lorsque les actes sont dressés par un notaire il est sûr qu'ils seront correctement rédigés et contiendront toutes les indications utiles et que les bordereaux les reproduisant par extrait seront suffisants et complets. Un acte sous seing-privé peut être incomplet et mal rédigé.

Dès lors deux solutions extrêmes se présentent à l'esprit : écarter les actes sous seings-privé de la transcription, ou au contraire les transcrire intégralement.

On a songé aussi d'exiger qu'ils fussent reconnus par-devant notaire ou en justice, dans lequel cas on a estimé nécessaire de confier au notaire ou au greffier les soins de la rédaction du bordereau, ou bien on a jugé de le laisser aux parties ; ou enfin on a pensé de confier au conservateur lui-même le soin d'extraire la substance de l'acte.

Quant à la première solution de rendre obligatoire le ministère des notaires, elle s'est toujours heurtée contre l'objection de la grande division de la propriété en France et du nombre considérable de ventes modiques, pour lesquelles les frais d'actes doivent être réduits au minimum. Les coutumes de nantissement exigeaient l'authenticité des actes ; la loi du 9 messidor an III celle des déclarations foncières.

Nous avons déjà dit comment cette solution échoua devant la Commission du cadastre (2). Suivant la proposition de MM. Lafarge et Saget l'entremise du notaire devait être indispensable pour tous les actes translatifs, déclaratifs ou justificatifs de la propriété immobilière, à moins qu'il ne s'agisse d'actes constatés par une décision de justice.

(1) Quant aux projets des notaires, v. page suivante.

(2) V. n° 114.

Quant à faire pratiquer des extraits analytiques dans les actes à publier par le conservateur, on a observé qu'on y pourrait songer, étant donné le rôle de la transcription et la nature des fonctions du conservateur.

Le dernier système était celui de M. Besson et du projet gouvernemental de 1853 (art. 3) ; mais il fut repoussé par la Commission législative, par le Corps législatif et le Conseil d'Etat.

Reste le système de la reconnaissance de l'acte sous seings privé par-devant notaire ou en justice.

M. de Loynes (1) en analysant le système du projet Darlan se montre porté à accepter le système de la loi italienne (art. 1935 ; Cod. civ.), en proposant de décider, après avoir exigé que la signature des parties sur l'acte sous seing privé ait été authentiquée par un notaire ou certifiée judiciairement que, dans tous les cas, la transcription consiste dans la copie sur le registre d'un extrait analytique.

Ce système était aussi celui du Comité des Notaires (art. 2) (2). Dans ce système, ainsi que dans celui de la loi italienne, les bordereaux analytiques sont laissés aux soins des parties, et on peut, dès lors, observer que la simple authenticité des signatures ou la certification judiciaire n'est pas une garantie suffisante de l'exactitude du bordereau analytique (3).

M. Chaîne, tout en repoussant l'extrait analytique et le système de l'inscription en attendant l'abolition des actes sous seings privés, qui seule l'eût rendu possible, proposait d'étendre la transcription par extraits littéraux non seulement aux actes authentiques, mais aussi aux actes sous seings privés. Le Sénat l'avait seulement autorisé, en ce qui concerne les actes authentiques, le rapport de M. Viollette à la Chambre l'avait imposé dans ce cas, mais

(1) *Revue critique*, 1897, p. 234.

(2) En ce qui concerne les mutations à cause de mort, v. n° 150.

(3) M. Chaîne, *op. cit.*, pp. 250 et s., avoue ne pas bien saisir le mécanisme du système du projet des Notaires, qui est pourtant celui de la loi italienne. Il se demande s'il s'agit d'un simple dépôt chez un notaire, ou si le notaire est chargé, dans une mesure quelconque, d'examiner et de rectifier l'acte et si, enfin, il garantira la signature des parties qui lui sont inconnues. Mais il est clair que le rôle du notaire doit se borner à authentifier les signatures, ce qu'il ne pourra faire si celles-ci ne seront pas apposées en sa présence,

avait conservé la copie de l'original pour les actes sous seing privé. Mais la Chambre des Députés accepta le système de l'extrait littéral seulement pour les jugements et pour les actes administratifs.

140. *Personnes chargées de requérir la transcription et sanctions pour la rendre obligatoire.* — Relativement aux personnes chargées de requérir la transcription, le projet Darlan nommait les notaires, les avoués et les parties (art. 6). Le Sénat, en reproduisant cette disposition à l'art. 9, ajouta que lorsque l'acte sous seing privé sera présenté à l'enregistrement, le receveur fera payer d'avance aux parties les droits de transcription, et les avertira de la nécessité où elles sont de faire transcrire sous les sanctions édictées par la loi. La Chambre des Députés pour assurer la formalité sanctionna l'obligation de transcrire par une amende de 100 francs contre les avoués, les notaires ou les parties, faute de transcription dans le délai de soixante jours ou de six mois, et d'un mois, selon les hypothèques (art. 3, 4, 6, 10). Le projet du Sénat imposait l'amende aux notaires, avoués et parties quant aux actes déclaratifs visés par l'art. 4 et aux avoués quant aux jugements et actes de résolution (art. 6). Mais seulement le projet des notaires des départements, qui imposait aussi l'obligation de transcrire aux notaires et aux avoués (art. 5), contenait une disposition fort ingénieuse, que nous connaissons déjà, en en ayant illustré la portée dans l'examen des systèmes à force probante et qui peut trouver son application même dans les systèmes à publicité personnelle : l'application du principe relatif de l'inscription. « Nul n'est admis, dit l'art. 7, à requérir la transcription d'un droit ou l'inscription d'une créance, si le droit de son auteur n'a pas déjà reçu ou ne reçoit pas simultanément la publicité par la transcription du titre de cet auteur ». Nous verrons qu'application de ce principe était faite par l'art. 4 au cas de mutation par décès par une disposition qui emporte l'indisponibilité des biens successoraux à défaut de transcription de la mutation à cause de mort.

Le projet de MM. Lafarge et Saget contenait une disposition aux termes de laquelle « il ne pourra être fait mention dans un acte authentique ou public ni usage dans une instance en justice d'un acte ou d'un jugement sujet à transcription s'il n'est justifié que cette formalité a été préalablement accomplie, à moins qu'il ne soit indiqué qu'elle aura lieu en même temps que la transcription dudit acte authentique où il est relaté ». Nous rencontrons une

sanction analogue quant aux demandes en justice assujetties à la transcription (1).

Une loi belge du 10 octobre 1913 a ajouté une nouvelle disposition à l'art. 2 de la loi de 1851 en obligeant les notaires et tous ceux, officiers publics ou autres, qui sont chargés de donner l'authenticité aux actes sujets à transcription, de requérir la formalité dans les deux mois de leur date et dans les trois mois si l'acte a pour objet des immeubles situés dans plusieurs ressorts.

La loi n'édicte pas de sanction et ne dit pas si le notaire négligent engagerait sa responsabilité (2).

141. *Publicité des registres.* — Le projet Darlan permettait aux intéressés de requérir au conservateur au lieu d'un état un simple certificat de transcription. Le Sénat vota cette disposition en première lecture, mais elle disparut dans le texte définitif, sans qu'aucune explication eût été donnée de sa suppression. De même le Sénat vota en première lecture le 23 octobre une disposition ainsi conçue : « Toute personne est autorisée à prendre lecture ou copie des actes transcrits ou déposés au bureau de la conservation des hypothèques » ; mais elle disparut, sans explication, du texte définitif. C'était cependant un premier pas vers le système organisé par la Société d'Etudes législatives (3) : mais il faut reconnaître qu'à défaut d'un répertoire public comme celui proposé par ladite Société, il serait à présent impossible de mettre les registres à la disposition du public.

Le Sénat maintint une disposition du projet Darlan (art. 37) permettant au conservateur, sur réquisition expresse des parties, de délivrer des états spéciaux, restreints à certaines catégories d'inscriptions ou des états en forme de tableau (art. 27). L'art. 11 voté par la Chambre ne fait pas mention de cette faculté.

142. *Etendue et effets de la transcription. Généralités.* — Le projet Darlan, ainsi que le projet des notaires étendaient le principe de la loi de 1855 aux actes déclaratifs de propriété et aux transmissions de propriété résultant de succession, legs ou donation

(1) Il est encore un autre moyen indirect d'assurer l'observation de la loi : c'est d'exiger que les actes sujets à transcription soient dressés par-devant notaire ; nous y avons déjà fait allusion.

(2) V. pour l'affirmative Daudin, commentaire de la loi du 10 octobre 1913, p. 34, Namur, 1914.

(3) V. n° 193.

de biens à venir. Le Sénat et la Chambre tout en admettant cette extension aux actes déclaratifs et aux transmissions à cause de mort adoptaient des textes différant profondément de ceux des projets Darlan et des Notaires, notamment en ce qui concerne la sanction du défaut de transcription. Dès lors, il nous faut examiner le problème de l'étendue de la publicité en fonction de ses effets, car il intéresse d'établir si la sanction unique de l'inopposabilité aux tiers est compatible avec la nature propre de certains actes. Nous allons examiner de près la publicité des actes déclaratifs et ensuite celle des mutations à cause de mort.

Avant d'exposer en détail ces problèmes, il intéresse de remarquer que tandis que le projet Darlan faisait disparaître le dualisme des règles du Code civil pour les donations et de la loi de 1855 pour les transmissions à titre onéreux en édictant la règle unique de l'inopposabilité aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois, sans distinguer (art. 2), le Sénat, sans justifier en aucune façon ce revirement, vota un article 16 qui maintenait ce dualisme ; mais le projet adopté par la Chambre le fit à nouveau disparaître. Le projet de la Commission du cadastre faisait aussi disparaître le dualisme, mais en adoptant la règle du Code civil pour les donations : l'inopposabilité à tous les tiers ayant intérêt, sans distinction (art. 10) (1).

Il intéresse encore d'observer que tandis que le projet des Notaires et le projet Darlan, soumettaient à la règle de publicité tous les actes relatifs à des droits immobiliers dont la connaissance importe aux tiers au moyen d'une formule générale inspirée à celle de la loi belge et à celle de la Commission extraparlamentaire du cadastre, le Sénat et la Chambre préféraient de procéder par voie d'énumération.

Nous verrons qu'il y aura lieu de poser le problème de la préférence à accorder à l'un de ces procédés.

143. *Actes déclaratifs.* — Sur ce point, tous les projets s'accordent à réaliser la réforme qui, tentée en 1850 par l'Assemblée législative, avait été proposée en 1855 et accomplie en Belgique par la loi du 16 décembre 1851.

Le projet Darlan assimilait, sans plus, les actes déclaratifs aux actes translatifs. « Seront transcrits, disait l'art. 1^{er}, tous actes et tous jugements ayant pour effet de constituer, transmettre, *décla-*

(1) V. n° 7.

rer, modifier ou éteindre un droit réel immobilier » ; et l'art. 2, prévoyant la sanction, ajoutait : « Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés à l'article précédent, ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et les ont conservés en se conformant aux lois. » C'était donc pour les actes déclaratifs aussi bien que pour les actes translatifs, l'inopposabilité aux tiers. La même solution était adoptée par le projet des Notaires, qui ordonnait la transcription, dans le mois de leur date et sous la sanction de l'inopposabilité de tous les actes et jugements translatifs, déclaratifs et constitutifs de droits réels immobiliers, ou portant résolution, extinction, renonciation ou modification à ces mêmes droits.

Nous avons déjà fait remarquer que l'intérêt de la publicité des actes déclaratifs n'est pas de tous points semblable à celui qu'offre la publicité des actes translatifs (1).

Cette remarque fut immédiatement faite par M. de Loynes dans son étude sur le projet Darlan (2) et elle fut reprise par le Sénat en en exagérant toutefois la portée. Les observations de M. de Loynes furent en effet reproduites par M. Thézard dans son rapport (3) et par M. Th. Girard dans la séance du 23 octobre (4). Mais tandis que M. de Loynes n'attaquait pas le principe de l'inopposabilité aux tiers, en se bornant à mettre en lumière les problèmes soulevés par l'application du principe, les rapporteurs du Sénat arrivaient à la conclusion de l'impossibilité de l'application de la non opposabilité aux tiers à l'égard des actes déclaratifs.

Voici quel fut ce raisonnement. Le projet Darlan décidait que le copartageant, alloti d'un immeuble déterminé, ne pouvait, si le partage n'avait pas été transcrit, opposer le droit ainsi acquis aux tiers, qui auraient acquis d'un autre copartageant, soit avant le partage, soit depuis le partage, un droit réel quelconque sur l'immeuble et qui eux-mêmes auraient fait transcrire leur titre.

Précisons les deux hypothèses :

Première hypothèse : Pendant l'indivision et avant tout partage, l'un des copropriétaires aliène ou hypothèque sa part indivise dans cet immeuble. L'acquéreur ou le créancier hypothécaire fait trans-

(1) V. n° 19.

(2) *Revue critique*, 1897, pp. 238 et s.

(3) P. 225.

(4) Sénat, Déb. parl., S. E. 1908, p. 1026.

crire ou inscrire. Il ne fait pas opposition au partage. Puis le partage intervient hors de sa présence : d'après le projet Darlan, l'acte de partage ne sera pas opposable à l'acquéreur ou au créancier, au moins, en tant qu'il s'applique à l'immeuble.

Seconde hypothèse : Le partage a eu lieu. L'immeuble a été attribué à un seul des copropriétaires ; mais l'acte de partage n'a pas encore été transcrit. Un autre des copropriétaires aliène ou hypothèque sa part indivise dans cet immeuble et la transcription ou l'inscription a lieu avant la transcription de l'acte de partage. Le partage ne sera pas opposable à l'acquéreur ou au créancier hypothécaire.

Mais laquelle est au juste la conséquence de cette inopposabilité ? Il est certain que l'on ne peut admettre, sans violer la règle de l'effet déclaratif, que les tiers, ayant traité avec le copropriétaire non attributaire puissent prétendre exercer les droits ainsi acquis à l'encontre du copartageant définitivement propriétaire, sous le prétexte que le partage n'a pas été transcrit.

Mais telle n'était certainement pas l'intention du projet Darlan, mais simplement celle de faire considérer comme non avenu le partage non transcrit à l'égard des tiers qui avaient traité avec l'un des cohéritiers avant le partage, ou qui, dans l'ignorance du partage accompli, auraient acquis des droits de l'un des anciens communistes.

Le tiers a donc le droit de provoquer un nouveau partage. M. de Loynes observait que, dans la seconde hypothèse, ce tiers n'aurait pas pu faire opposition, son droit n'étant pas né au moment du partage et il se demandait s'il n'y avait pas là une dérogation importante à l'art. 882 C. civ.

MM. Thézard et M. Girard, après avoir constaté que la seule conséquence de l'inopposabilité du partage non transcrit, sans méconnaître l'effet déclaratif, c'est que le tiers serait censé avoir traité avec une personne encore dans l'indivision, arrivaient à la conclusion que le tiers n'y gagnerait rien : le partage non transcrit n'existant pas par rapport à lui, on en ferait un autre qui reproduirait le premier et qui aurait effet rétroactif.

La seule sanction du défaut de transcription serait par conséquent celle prévue par l'art. 4 de la loi de 1855 pour les jugements prononçant la résolution ; une amende contre la personne chargée d'accomplir la formalité (art. 4). Ce même système fut adopté par la Chambre des Députés (art. 4).

Mais, est-il vrai de dire que les tiers ne gagneraient rien à cette inopposabilité ? Un nouveau partage serait opéré, mais précisément en vertu de l'art. 882, le tiers pourrait y intervenir et veiller à ce que l'immeuble ne soit pas frauduleusement attribué à un autre qu'à son auteur (1).

Certes des objections sont possibles et, comme le remarquait M. de Loynes en 1897, « de graves entraves seront ainsi apportées à la liberté des copropriétaires. On peut même se demander si le nouveau partage sera limité à l'immeuble aliéné ou hypothéqué ; si à raison des arrangements intervenus, ce n'est pas, dans certains cas, le partage tout entier, le partage des meubles aussi bien que des immeubles qui devra être recommencé. Il y a là tout un ensemble de questions, que le projet n'a pas prévues et sur lesquelles il nous paraît nécessaire d'attirer l'attention du législateur » (2).

La question posée dans ces termes : si l'inopposabilité est utile ou si elle fait double emploi avec le droit d'opposition de l'art. 882 C. civ. avait été discutée déjà à propos du projet de 1850.

Nous avons déjà dit que l'argumentation de M. Vatissien fut reprise en 1853 par M. de Belleyne, rapporteur du projet qui devint la loi de 1855 (3).

Ainsi s'exprime dans son rapport M. Belleyne : « Or les créanciers des héritiers ont entre les mains un droit équivalent à celui qu'ils puiseraient dans la nécessité de la transcription : ce droit résulte de l'art. 882 du Code Napoléon : il consiste dans la faculté de former opposition au partage. Cette opposition suffit pour que le partage ne puisse plus avoir lieu hors la présence et en fraude du créancier. Que peut-on vouloir de plus en sa faveur ? » (4).

Mais ce raisonnement, comme nous l'avons déjà dit, n'est pas exact. Si l'on fait la première hypothèse du tiers qui a traité avec l'un des indivisaires avant le partage, il est juste de reconnaître

(1) Ferron, *Etudes historiques sur la publicité des droits réels et immobiliers*, Bordeaux, 1897, p. 391 ; Desserteaux, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit français*, Dijon, 1908, p. 324 ; v. aussi l'Etude citée dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 197.

(2) De Loynes, *Etude sur le projet Darlan*, *Revue critique*, 1897, p. 245 ; v. le projet Scialoja, n° 224.

(3) Cette argumentation triompha malgré le Gouvernement et le Conseil d'Etat. Mourlon et Flandin sont partisans déclarés de la transcription ; Verdier la repousse.

(4) Belleyne, Rapport dans le *Traité de la Transcription* de Mourlon, p. xxvii.

que l'art. 882 met déjà dans les mains de ce tiers le droit d'opposition au partage et d'aucuns qui soutiennent l'utilité de l'inopposabilité avouent que dans ce cas on ne peut vouloir rien de plus en faveur des tiers (1). Mais même dans cette hypothèse la transcription du titre d'acquisition du tiers vaut apposition au partage et constitue une sauvegarde du droit d'opposition de l'art. 882 et ne fait pas avec ce droit double emploi (2).

Mais l'hypothèse qu'il faut imaginer, surtout, est celle d'un copropriétaire qui cède ses droits indivis, en dissimulant l'existence d'un partage pour lequel l'objet de ses droits a été mis au lot d'un autre. Dans ce cas, que M. Thézard dans son rapport déclare « chimérique » et où la possibilité de la fraude est, au contraire, évidente, le tiers n'a même pas pu faire opposition, puisque son droit n'était même pas né au moment du partage. L'inopposabilité fait si peu double emploi avec l'art. 882, que M. de Loynes arrive à se demander s'il ne fallait voir dans le projet Darlan qui la proposait une dérogation trop importante à l'art. 882 C. civ. (3). De plus, l'article 882 ne s'applique qu'au partage de succession selon les auteurs et une jurisprudence a peu près constante. En outre, la disposition qu'il contient ne profite qu'au créancier d'un copartageant qui veut sauvegarder ses droits au moment du partage ; or, dans le cas qui nous intéresse, il s'agit de pouvoir connaître la situation d'un copropriétaire avant de devenir son créancier.

Nous jugeons par conséquent que la sanction naturelle de la publicité des actes déclaratifs est l'inopposabilité des titres non transcrits, tout en reconnaissant que cette solution n'est pas sans

(1) Chaîne, p. 84.

(2) M. Chaîne demande comment pourrait-on rendre le partage inopposable à l'égard du tiers qui a traité avec l'un des indivisaires avant le partage, à moins qu'il ne soit transcrit avant son propre titre, puisque, par hypothèse, son acquisition est antérieure. Une telle mesure équivaldrait, ajoute M. Chaîne, à l'obligation pour les copartageants de respecter tout acte fait par l'un d'entre eux pendant l'indivision et, par conséquent, à la négation la plus catégorique de ce principe de rétroactivité que nous tenons à laisser sauf. Mais il nous semble qu'il y ait une autre manière d'entendre l'inopposabilité du partage non transcrit à l'égard des tiers qui ont traité avant le partage ; celle de décider que la transcription au registre public du titre d'acquisition vaut opposition au partage ; c'est l'unique façon d'entendre la non-opposabilité en harmonie avec le principe de rétroactivité. Nous dirons après qu'on pourrait édicter expressément cette sanction pour résoudre d'avance les doutes à qui pourrait donner lieu le principe de non-opposabilité.

(3) de Loynes, *Revue critique*, 1897, p. 245, et Introduction, citée p. 70.

soulever quelques objections, et nous avons à retourner sur la question (1).

Il faut rappeler que la règle de l'effet déclaratif a été édictée dans le but de protéger l'héritier attributaire en réputant non avenues les charges consenties au profit des tiers par l'un des cohéritiers dans l'intervalle avant le partage.

L'inopposabilité du partage non transcrit aux tiers qui ont traité avec l'un des coindivisaires aurait, au contraire, le but de tutéler l'intérêt de ces tiers, non pas dans le sens de rendre opposables les droits par eux acquis à l'encontre de l'attributaire, ce qui importerait la suppression de l'effet déclaratif, mais dans le sens que les tiers pourraient intervenir au nouveau partage et veiller à ce que l'immeuble ne soit pas frauduleusement attribué à un autre qu'à leur auteur.

On voit, toutefois, il faut le reconnaître, que le principe de l'inopposabilité du partage non transcrit, s'il serait compatible avec l'effet déclaratif, n'aurait pas la vertu de résoudre les graves problèmes auxquels donne lieu la rétroactivité qui découle de l'effet déclaratif.

Il faut, par suite, étudier la meilleure réglementation à donner aux conséquences de cette règle, en harmonie avec le nouveau principe de la publicité.

Il importe tout d'abord de rappeler que les problèmes auxquels il est paré par la rétroactivité du partage sont la conséquence de la faculté reconnue aux cohéritiers ou coindivisaires de disposer de leur part indivise au cours de la période d'indivision et que ces problèmes ne peuvent, dès lors, même se poser dans les législations qui ne reconnaissent pas cette faculté ou la réglementent de façon à ne pas donner lieu à des inconvénients. C'est ainsi que le Code civil suisse (art. 648 et 653) se borne à édicter que, durant le cours d'une copropriété ou d'une propriété commune, aucun acte de disposition, aucune constitution de droits réels ne sont valables, à moins d'avoir été accomplis en vertu d'une décision unanime des copropriétaires. Dans le droit allemand, les cohéritiers constituent la *Erbengemeinschaft* qui est une copropriété en main commune

(1) L'étude de la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 198, n'approuve pas le raisonnement présenté au Sénat, et sans se prononcer sur la sanction de l'inopposabilité, ne méconnaît pas la portée des observations de M. de Loynes, que nous avons citées.

(zur gesamten Hand). Les divers copropriétaires ne peuvent disposer de leurs parts respectives tant que la liquidation n'est pas intervenue (Auseinandersetzung). Le droit d'administrer la chose et d'en disposer appartient à un seul organe de direction indépendant juridiquement du patrimoine de chaque associé (1).

Il est évident que si l'on décidait de s'engager dans la voie de faire céder la rétroactivité devant une réglementation précise de l'indivision, on ferait disparaître les difficultés soulevées par l'application de l'effet déclaratif, auxquelles on pourrait parer en grande partie rien qu'en supprimant l'hypothèque sur les parts indivises.

Mais sans toucher aux constructions théoriques traditionnelles du droit français, il faudrait tout au moins appliquer le principe de l'effet déclaratif dans la mesure où il est nécessaire pour assurer le but pour lequel il a été édicté, c'est-à-dire l'égalité entre cohéritiers, en l'écartant chaque fois que l'intérêt auquel la loi a voulu pourvoir ne se trouve pas engagé.

Cette interprétation est celle donnée par les plus éminents juristes (2), mais la jurisprudence n'en fait pas toujours application. On sait que le créancier bénéficiaire d'une hypothèque consentie pendant l'indivision par un cohéritier non attributaire de l'immeuble est évincé par l'incidence de l'effet déclaratif (art. 2125, Cod. civ.) ; mais si ce principe ne laisse pas de doute en ce qui concerne le droit de suite, l'intérêt du copartageant attributaire n'exige aucunement de refuser à ce créancier un droit de préférence sur la portion du prix d'adjudication que doit recevoir le colicitant, son débiteur. Cependant, la Cour de Cassation refuse tout droit de préférence au créancier hypothécaire (3).

(1) §§ 2032, 2033, 2038, 2042, 2046, 2047, Code civil all. ; Ricol, *De la copropriété en main commune*, thèse, Toulouse, 1907 ; G. Siesse, *Contribut à l'étude de la copropriété en droit comparé*, thèse, Paris, 1922. Dans le droit autrichien cette matière est liée à l'institution de la ventilation héréditaire.

(2) A. Colin et Capitant, III, n^{os} 693 et s. ; Josserand, III, n^{os} 1196 et s.

(3) Req., 16 avril 1888, D. 88.1.249, S. 88.1.216 ; Bordeaux, 25 novembre 1897, D. 98.2.378, note de Loynes ; Req., 6 décembre 1901, D. 1904.1.180 ; Civ., 12 janvier 1909, D. 1910.1.33, note de Loynes, S. 1909.1.361, note Wahl ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n^o 609 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n^o 3324 ; Wahl, dans le *Livre du centenaire*, n^o 102 ; *Contra* : Alger, 14 avril 1877, S. 80.2.145, note Labbé ; Alger, 28 décembre 1896, D. 96.2.81 ; Aubry et Rau, X, § 625, texte et note 24 ; A. Colin et Capitant, III, n^o 710 ; Labbé, note, S. 1380.2.145 ; Savatier, note, D. 1926.1.57. En Belgique, une loi du 15 août 1854 conserve le droit de préférence au créancier hypothécaire.

Il intéresse d'observer qu'au cas d'adjudication prononcée au profit d'un tiers dans l'hypothèse spéciale où l'héritier du chef duquel est né le droit réel, hypothèque ou servitude, grevant l'immeuble, a été, de par les conditions de la licitation, exclu de l'attribution du prix, la jurisprudence a fini par reconnaître que la licitation peut être considérée à la fois comme une vente, avec effet translatif, au regard de l'adjudicataire étranger, et comme un acte de partage, avec effet déclaratif, dans les rapports des cohéritiers entre eux : la créance du prix, qu'il faut considérer comme une créance successorale, entre dans l'actif à partager de sorte que s'il y a attribution totale du prix, à titre de prélèvement, au profit d'un cohéritier, celui-ci est censé avoir succédé seul et immédiatement à ce prix comme à un effet de la succession, et ce prix doit être soustrait au recours des créanciers personnels de l'héritier débiteur d'un rapport auquel, en conséquence, aucune part du prix n'a été attribuée. La solution contraire qui laisserait subsister les droits ayant pris naissance sur l'immeuble pendant l'indivision du chef des colicitants ou de l'un d'eux, aboutirait à ce résultat inique que l'héritier exclu de l'attribution du prix, après avoir profité de l'avancement d'hoirie dont il eût été gratifié par le défunt, pourrait toucher une seconde fois sa part successorale au moyen d'un emprunt hypothécaire pendant l'indivision gagé sur l'immeuble à liciter, au détriment de ses cohéritiers réduits à l'aléa d'une action récursoire. La Cour de Cassation a évolué à deux reprises sur ce sujet, en revenant à sa première jurisprudence, après s'être déjugée. Elle avait d'abord admis le caractère déclaratif de l'attribution de la créance du prix d'adjudication (1) ; puis elle avait écarté l'art. 883 (2) ; pour se prononcer enfin définitivement pour l'effet déclaratif (3).

Cette interprétation est faite pour renforcer la thèse qui refuse une portée absolue à la règle de l'art. 883 (4).

Nous avons vu que la jurisprudence n'est pas cohérente et n'arrive pas à admettre le droit de suite du créancier hypothécaire,

(1) Req., 22 février 1881, D. P. 1881.1.409.

(2) Civ., 14 décembre 1887, D. P. 1888.1.985, S. 1889.1.193, note Labbé ; 17 février 1892, D. P. 1892.1.191, S. 1894.1.417, note Wahl ; 21 juin 1904, S. 1905.1.273, note Wahl, D. P. 1900.1.42.

(3) Ch. réunies, 15 déc. 1907, D. P. 1908.1.113, note A. Colin, S. 1908.1.5, note Lyon-Caen ; Civ., 23 juillet 1912, D. P. 1914.1.30 ; Req., 2 février 1925, D. P. 1926.1.57, note Savatier.

(4) V. A. Colin et Capitant, III, n° 710.

donnant un effet absolu à la fiction de l'art. 883. De même, elle se montre indécise en d'autres hypothèses, tantôt écartant le principe de l'effet déclaratif, en ce qui concerne les tiers, tantôt en admettant l'application.

La Cour de Cassation donne une portée relative à cette règle au cas d'adjudication sur licitation à un autre copartageant d'un immeuble, dont la femme s'est constituée en dot sa part indivise, avec stipulation de remploi obligatoire en cas d'aliénation : elle décide que la part du prix d'adjudication revenant à la femme est un bien dotal soumis à l'obligation du remploi (1). De même elle décide que l'héritier bénéficiaire est astreint à subir les droits de transcription et admis à procéder à la purge de l'immeuble héréditaire dont il se rend adjudicataire sur licitation (2).

Mais en revanche la jurisprudence donne une portée absolue à la règle de l'art. 883 dans d'autres hypothèses : au cas de succession comprenant des meubles et des immeubles, échus au profit d'un époux marié en communauté, appelé à la succession avec d'autres cohéritiers, la part revenant à la communauté et celle restant propre à l'époux sont fixées non par la proportion des meubles et des immeubles dans la masse héréditaire, mais uniquement par le résultat du partage, c'est-à-dire par la composition du lot de l'époux (3).

Lorsque la succession s'ouvre partiellement au profit d'un commerçant marié qui se porte adjudicataire d'un immeuble héréditaire licite, au cas de faillite de ce commerçant, l'hypothèque de sa femme grèvera cet immeuble entier et non seulement la partie de l'immeuble représentant le montant de sa part, dans la succession (4).

On devrait dès lors obvier à ces inconvénients en décidant que l'effet déclaratif ou rétroactif du partage, applicable dans les rapports du colicitant attributaire avec les autres colicitants et dans les limites ou la subsistance des droits consentis par ces derniers porterait atteinte à la sécurité du cohéritier attributaire de l'immeuble,

(1) Req., 10 mars 1946, D. P. 56.1.155, S. 56.1.657.

(2) Req., 5 mars 1894, D. P. 94.1.491, S. 95.1.149, note de M. Wahl ; Civ., 17 mai 1909, S. 1913.1.466.

(3) Colmar, 27 février 1866, D. P. 66.5.71, S. 66.2.227 ; Caen, 18 août 1880, D. J. G., *Contrat de mariage*, S. 190, S. 81.2.113, note de M. Villey ; *Contra* : Req., 11 décembre 1850, D. P. 51.1.287, S. 51.1.253.

(4) Civ., 10 novembre 1869, D. P. 60.1.501, S. 70.1.5, note de M. Sassi.

ne devrait être admis quand il s'agit du rapport de ce colicitant avec des tiers.

Mais on pourrait encore faire un pas en avant, en édictant non seulement la survie du droit de préférence au profit du créancier hypothécaire sur la portion du prix d'adjudication que doit recevoir le colicitant débiteur non attributaire, mais, en outre, le transport de l'hypothèque sur la portion des biens qui lui sont attribués.

Nous étudierons cette question à propos de l'examen des projets italiens (1).

Il y a lieu de rappeler que la loi belge de 1851, art. 1^{er}, a soumis à la publicité les actes de partage sans porter atteinte au principe de l'art. 883 du Code civil (2).

144. *Suite de la publicité des actes déclaratifs. Les jugements. La transaction.* — Le projet Darlan mettait tous les jugements sur la même ligne en les assujettissant à la transcription sous la condition de l'inopposabilité aux tiers (3). Le Sénat maintint la solution de la loi de 1855 et déclara que devaient être transcrits, sous peine d'inopposabilité aux tiers, les jugements constatant l'existence d'une convention verbale comportant translation de propriété ou constitution de droits réels, car dans ce cas le jugement constitue le titre écrit de mutation. Au contraire, les autres jugements statuant sur une question de propriété immobilière ou sur l'un des droits énoncés aux articles 1 et 2 (droits réels immobiliers ou droits assimilés), seraient bien transcrits, mais sous la simple sanction d'une amende (art. 4, n° 3).

Le Sénat observait que si l'on avait admis la sanction du projet Darlan, on eût décidé que les tiers qui auraient traité avec la partie perdante et auraient fait transcrire leur titre avant la transcription du jugement, auraient évincé le gagnant et une telle solution eût été contraire et au principe de l'effet déclaratif des jugements et à cette idée fondamentale que la transcription ne peut couvrir les vices du titre d'acquisition. Et cette solution fut adoptée par la Chambre, sauf qu'au cas de jugements ou arrêts constatant l'existence ou l'annulation d'un droit immobilier de jouissance, qui furent soumis à la publicité sous la sanction de l'inopposabilité (art. 2, n° 3).

(1) V. n° 224.

(2) Laurent, XXIX, n° 195 et s.

(3) La même solution était adoptée dans le projet des Notaires.

Les mêmes règles furent adoptées à l'encontre du projet Darlan, aussi en matière de transaction : elle n'y fut soumise à transcription que sous la menace d'une amende, à moins qu'il ne résulte un caractère indubitablement translatif (art. 4-4° du projet du Sénat ; art. 4-4° du projet de la Chambre) (1).

Les auteurs de l'étude sur le projet du Sénat dans la *Revue Trimestrielle de Droit civil*, qui avaient jugé tout au moins discutable la solution admise par le Sénat en matière de partage, approuvent au contraire celle que nous venons d'indiquer en matière de jugements et de transaction. Mais il nous semble au contraire que s'il est vrai que les jugements statuant sur des questions immobilières, loin de constituer des titres translatifs de propriété, ne font que reconnaître et déclarer l'existence ou la validité d'une transmission antérieure, la conséquence ne doit pas être l'impossibilité de l'application de la sanction de l'inopposabilité. Il est au contraire d'un grand intérêt pour les tiers qui peuvent être appelés à traiter avec l'une ou l'autre des parties en litige de connaître le jugement qui fait du titre contesté un titre inattaquable. Rien ne s'oppose au principe que le jugement ne puisse leur être opposé avant d'avoir été transcrit. Le tiers acquéreur d'un immeuble pourrait, au contraire, considérer comme inexistant à son égard le jugement non transcrit statuant sur une question de revendication et déboutant son vendeur. L'adversaire gagnant devrait prendre contre ce tiers un nouveau jugement qui ne serait pas fatalement la reproduction du premier, car le tiers plaiderait en son nom personnel comme ayant un droit propre sur l'immeuble litigieux.

Il en est de même pour la transaction : à défaut de transcription, les tiers pourront faire valoir les droits acquis sans tenir compte de la transaction consommée hors de la présence des titulaires de ces droits ; ils resteront libres de commencer ou de poursuivre le procès, à qui leur auteur aurait renoncé avec la transaction.

145. *Transcription des baux et cessions de loyer.* — Le projet des Notaires des départements, le projet Darlan et le projet du Sénat abaissent à 12 ans la limite des baux assujettis à la transcription, suivant l'exemple de la Commission du cadastre. La Chambre des Députés, suivant la loi belge et la loi italienne adoptait la limite

(1) Rapport Thézard, p. 257, v. projet Scialoja, etc., n° 224.

de neuf ans pour les baux et les sous-baux (1), proposée par la Cour de Montpellier en 1841, comme étant le long terme le plus courant et notamment celui consenti aux administrateurs : l'usufruitier, le mari, le tuteur (art. 481, 595, 1429, 1718 C. civ.) (2).

Le projet du Comité des Notaires et le projet Darlan visaient les baux excédant 12 années soit par leur terme originaire, soit par l'effet d'un renouvellement. Sans donner de raison, le Sénat fit disparaître cette utile précision. Mais le projet de la Chambre para à cet inconvénient (art. 3). Tous les projets abaissaient à une année la limite de la nécessité de la transcription des paiements et cessions de loyers ou fermages non échus, et le Sénat et la Chambre décidaient que ces quittances ou cessions n'auraient pu être opposées pour une somme supérieure à une année de loyer ou fermage non échus.

146. *Précisions sur l'énumération des actes translatifs et déclaratifs dans les projets du Sénat et de la Chambre.* — Avant de passer aux mutations à cause de mort il intéresse d'examiner brièvement les textes votés au Sénat et à la Chambre qui procèdent par voie d'énumération. Les deux premiers articles du projet du Sénat ne demandent pas de précisions, car ils répètent à peu de chose près les articles 1 et 2 de la loi de 1855, sauf en ce qui concerne le régime des baux et des cessions de loyers non échus, ainsi que nous l'avons vu. Ces deux articles assimilent les actes gratuits aux actes onéreux, mais l'art. 16 conserve la distinction actuelle quant aux effets de la transcription.

Le projet voté par la Chambre apporte au contraire quelques modifications. Les deux articles en question sont ainsi conçus :

ART. 1^{er}. — « Sont transcrits au bureau des hypothèques de la situation des biens :

1° Tous actes entre vifs, à titre gratuit ou à titre onéreux, et tous jugements d'adjudication, translatifs de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque ;

2° Tous actes ou jugements d'adjudication, non translatifs de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque,

(1) Le projet de la Société d'études législatives, suivant la loi d'Alsace-Lorraine, fixe la durée de 12 ans. V. n° 179, 196.

(2) Besson, *op. cit.*, p. 159 ; Magnin, *op. cit.*, p. 76 ; Michel, *op. cit.*, p. 213 ; Chaîne, *op. cit.*, p. 224 ; v. aussi Code civil de Monaco du 25 octobre 1884.

mais pour lesquels la transcription est le préliminaire obligatoire de la purge ;

3° Tout jugement qui déclare l'existence d'une convention verbale de la nature ci-dessus exprimée ».

ART. 2. — « Sont également transcrits :

1° Tout acte, à titre gratuit ou onéreux, constitutif d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation ;

2° Tout acte portant renonciation à ces mêmes droits :

3° Tout jugement ou arrêt qui constate l'existence ou l'annulation de ces mêmes droits (1) ;

4° Les baux et sous-baux d'une durée de plus de neuf ans ;

5° Tout acte, ou jugement, ou arrêt constatant, même pour bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme supérieure à une année de loyer ou fermage non échu ;

6° Tous actes et jugements et arrêts portant réduction de l'hypothèque légale du mineur ou des incapables, pour application des articles 2141 à 2145 du Code civil ;

7° Tout acte, jugement ou arrêt constatant l'exercice par la femme du droit d'option prévu par l'article 1408 du même Code ;

8° Le procès-verbal d'attribution de bien de famille prévu par les articles 18 à 19 de la loi du 12 juillet 1909.

Il sera fait mention, sur le registre des dépôt, de toutes déclarations de mutations verbales de propriété ou d'usufruits relatives à des biens ou à des droits immobiliers. Cette mention sera établie par le conservateur de la situation des biens, sur le vu d'un double de la déclaration, qui devra lui être transmis par le receveur de l'enregistrement. Ce double, destiné aux archives de la conservation, pourra être dressé sous forme de copie collationnée par un notaire ou par un greffier. Il devra être certifié, à défaut de copie collationnée, par l'auteur de la déclaration ; il sera déposé au bureau de l'enregistrement, lors de la déclaration, sous peine de rejet de celle-ci ».

Il y a lieu de signaler la transcription des restrictions ou réductions de l'hypothèque légale. On sait que le mari s'adresse pour obtenir la réduction non au Tribunal de la situation des biens, mais au Tribunal de son domicile et que, en outre, la réduction n'est pas irrévocable ; la femme et le subrogé tuteur peuvent exiger un supplément d'hypothèque et même le rétablissement de

(1) Nous avons déjà signalé aux textes cette innovation.

l'hypothèque générale. Le retrait ou la modification de la restriction ou réduction sont sans influence sur les droits précédemment acquis aux tiers (acquéreurs ou créanciers hypothécaires) et régulièrement conservés par eux (1) ; mais l'hypothèque supplémentaire ou générale rétablie produira ses effets pour l'avenir. La loi n'offre aucun remède contre la clandestinité ; d'où la raison de la transcription édictée au n° 6.

Le n° 7 soumet à la transcription l'exercice par la femme du retrait d'indivision.

Le droit d'option prévu par l'art. 1408 dans son deuxième alinéa a lieu au cas où le mari devient seul et en son nom personnel, acquéreur ou adjudicataire d'un immeuble appartenant par indivis à sa femme : la femme aura le droit d'abandonner le bien à la communauté ou de le prendre comme propre.

Lorsque le mari a manifesté expressément son intention d'acquérir non pour sa femme, mais pour la communauté, l'immeuble est provisoirement un conquêt (2) et tel restera si, à la dissolution de la communauté, la femme ne veut se faire attribuer l'immeuble en propre. Si elle demande à prendre l'acquisition pour son compte, il y aura retrait : la femme retirera l'immeuble de la communauté et en fera un propre. Dans ce cas la Doctrine estime que le retrait aura un effet rétroactif, car la femme qui exerce le retrait se substitue à l'acquéreur et prend pour son compte l'opération, avec la conséquence d'anéantir les aliénations consenties par le mari, ainsi que les droits réels nés de son chef. La Jurisprudence limite les effets rétroactifs du retrait en décidant que lorsque le mari s'est porté acquéreur en son nom propre est censé avoir stipulé dans l'intérêt de la femme en vertu d'un mandat tacite donné par elle (3). Dès lors l'immeuble devient un propre de la femme, sauf preuve contraire : l'expression « retrait d'indivision » qui serait exacte si l'on admettait que l'acquisition faite par le mari en son nom personnel tombât provisoirement en communauté, devient impropre, car la femme qui exerce l'option consolide son

(1) Paris, Janvier, 1857, S. 57.2.124.

(2) Vis-à-vis des cohéritiers de la femme, l'adjudication, ayant été prononcée au profit d'un étranger, est une vente ; l'acquisition devra être transcrite au profit de la communauté pour rendre celle-ci propriétaire vis-à-vis des tiers.

(3) Civ., 17 février 1886, D. P. 86.1.249, S. 86.1.161, note de M. Lyon-Caen ; Civ., 2 décembre 1867, D. P. 67.1.469, S. 68.1.161. Dans ce sens, A. Colin et Capitant, III, n° 89 ; *Contra*, Nancy, 9 juin 1854, D. P. 55.2.251, S. 54.2.785 ; Caen, 31 juillet 1858, S. 59.2.97 ; Montpellier, 20 janvier 1926, D. H. 1926.187.

droit de propriété. L'acquisition faite par le mari n'a donc pas besoin d'être transcrite car elle est considérée comme un partage étant faite pour le compte de l'un des cohéritiers. Si la femme décide de conserver l'immeuble comme propre à la dissolution de la communauté, l'immeuble ne rentre pas dans son patrimoine, mais s'y maintient ; c'est au contraire l'abandon à la communauté qui devra être transcrit. Dès lors, tant que dure le mariage, le mari n'aura pas le droit d'aliéner ou de grever l'immeuble de droits réels et il n'y aura pas l'inconvénient de voir tomber les droits par lui consentis, car il n'aura pas eu, tout simplement, la faculté d'en consentir. Un tel inconvénient ne se rencontre que dans l'hypothèse où le mari acquérant en son nom personnel a formellement stipulé qu'il entendait acquérir pour lui ou pour la communauté.

Les retraits ne rentrent pas dans les actes translatifs, et d'autre part ils ne peuvent pas être rangés dans les résolutions ou annulations visées par l'art. 6 des projets en question. La loi les considère comme rétroactifs et ils pourraient être compris dans les actes déclaratifs. Le projet du Sénat les laissait de côté. Le projet de la Chambre en les énonçant à l'art. 2, n° 7 sous la sanction de l'opposition au lieu qu'à l'art. 4 qui vise les actes déclaratifs, montre d'avoir voulu subordonner l'efficacité de l'exercice de l'option du deuxième alinéa de l'art. 1408, en tout cas, à la transcription, dans le sens que les droits acquis par les tiers acquéreurs ou créanciers sur l'immeuble du chef du mari qui s'était porté acquéreur en son nom personnel, sans plus, ou expressément pour la communauté, avant la transcription de l'acte ou du jugement constatant l'exercice du retrait d'indivision ne pourront recevoir préjudice de l'exercice dudit retrait.

Le rapport supplémentaire à la Chambre de M. Viollette proposait de soumettre à la publicité non l'exercice du retrait, mais le contrat de mariage réservant le droit de retrait au profit de la femme. En effet l'option de l'art. 1408 peut être envisagée comme une cause occulte d'éviction, dont il intéresse de tutéler les tiers au moyen d'une disposition qui subordonne son efficacité à la transcription préalable de la faculté. C'était à peu près le système du projet notarial, dont l'art. 8 interdit à la femme d'exercer le retrait si elle ne s'en est réservé le droit par une inscription antérieure à celle du droit acquis par le tiers.

Le n° 8 édicte la transcription du procès-verbal d'attribution de bien de famille prévu par les articles 18 et 19 de la Loi du 12 juillet

1919 et le dernier aliéna organise la publicité des mutations verbales.

Nous avons déjà dit que les actes déclaratifs sont assujettis à la transcription sous une sanction différente de l'inopposabilité. Il importe ici de donner l'énumération des actes considérés déclaratifs par les projets en question.

L'art. 4 du texte du Sénat était ainsi conçu :

« Doivent être transcrits dans le délai de six mois, sans que la sanction de l'art. précédent s'applique à l'inobservation de cette formalité, mais sous peine d'une amende de cent francs qui sera encourue suivant les circonstances par l'avoué qui aura obtenu le jugement, le notaire rédacteur de l'acte ou la partie intéressée dans les autres cas :

« 1° Tous testaments ou donations de biens à venir portant disposition d'immeubles ou de droits réels immobiliers (1) ;

« 2° Tous actes ou jugements portant partage ou licitation au profit d'un des copropriétaires ;

« 3° Tous jugements statuant sur une question de propriété immobilière ou sur l'un des droits énoncés aux art. 1^{er} et 2 ci-dessus ;

« 4° Toute transaction sur les mêmes objets, à moins qu'il ne résulte de ses termes ou des circonstances de fait qu'elle opère, translation de propriété ou constitution de droit réel ; auquel cas elle sera soumise à la disposition de l'art. 3 (2).

« Le délai de six mois courra pour les testaments et donations de biens à venir, du jour du décès ; pour les conventions du jour de l'acte ; pour les jugements, du jour où ils auront acquis force de chose jugée. »

L'art. 4 du texte voté par la Chambre est ainsi conçu : « Doivent être transcrit dans le délai de six mois, mais sous la seule sanction de l'amende prévue dans l'art. précédent contre les personnes y dénommées :

« 1° Les jugements ordonnant l'envoi en possession à titre provisoire et les donations de biens à venir portant disposition d'immeubles ou de droits réels immobiliers (3) ;

« 2° Tous actes ou jugements portant partage et licitation au profit d'un copropriétaire par suite de succession ou autrement, pourvu

(1) V. *infra*, n° 149.

(2) L'inopposabilité aux tiers.

(3) V. *infra*, n° 149.

que l'indivision cesse, qu'il y ait titre commun de propriété et que le colicitant acquéreur n'ait pas la faculté de purger ; tous actes ou jugements portant licitation au profit de quelques-uns des cohéritiers ou indivisaires ayant titre commun de propriété, pourvu que la licitation constitue l'une des opérations d'un partage simultané réglant définitivement les droits des parties et comprenant dans la masse partageable le prix de l'immeuble licité ;

« 3° Tous jugements ou arrêts n'ayant pas pour objet de constater une convention verbale et admettant un des droits réels immobiliers prévus à l'article premier ou admettant une instance en revendication toutes les fois que n'aurait pas été transcrit le titre en vertu duquel le jugement ou l'arrêt admet en revendication ;

« 4° Toute transaction sur les mêmes objets, à moins qu'il ne résulte de ses termes ou des circonstances du fait qu'elle opère translation de propriété ou constitution de droit réel, auquel cas elle est soumise à la disposition de l'art. 3 ;

« 5° Tout acte constitutif des biens immobiliers réservés en vertu de la loi du 13 juillet 1907.

« Le délai de six mois courra : pour les donations de biens à venir, du jour du décès ; pour les conventions, du jour de l'acte ; pour les jugements d'adjudication, du jour du jugement, et pour les autres jugements ou arrêts, du jour où ils auront acquis force de chose jugée.

« Aucun droit ou taxe proportionnelle de transcription ne pourra être exigé sur les actes ci-dessus, soit au moment de l'enregistrement, soit lors de leur dépôt au bureau des hypothèques ».

147. *Mutations par décès.* — Le projet Darlan assujettit les mutations par décès de droits réels immobiliers, par la transcription soit de l'acte constitutif ou déclaratif de la transmission de propriété, soit de la déclaration faite au bureau d'enregistrement dans un article spécial (art. 3), sous la sanction suivante : « Aucune aliénation ou constitution de droits réels ne peut être opposée aux tiers avant la transcription prescrite par l'article précédent » (art. 4).

Nous indiquerons après le système suivi par le projet des Notaires.

Nous avons déjà remarqué que la question de la publicité ne se présente pas ici sous le même aspect que dans le cas de transmission entre vifs et nous n'avons pas à nous répéter.

Le projet Darlan intéresse les tiers à la publicité de la mutation par décès en subordonnant à l'accomplissement de cette condition

l'opposabilité des droits acquis par ces tiers qui ont traité avec l'héritier. Les aliénations ou constitutions des droits réels consenties par l'héritier avant toute transcription ne sont pas moins valables ; ces actes sont simplement destitués d'efficacité à l'égard des tiers, de sorte que les aliénations ou constitutions de droits réels consenties par l'héritier apparent, ne seront pas opposables à l'héritier véritable, si la mutation par décès, dont l'héritier apparent paraissait bénéficier n'a pas été rendue publique. Il a là une limitation de la Jurisprudence qui valide, sous certaines conditions, les aliénations et constitutions de droits réels faites par l'héritier apparent, car il faut que la mutation par décès ait été rendue publique. C'est l'interprétation donnée à l'art. 4 du projet Darlan par M. de Loynes (1) qui ne repoussait pas la règle de l'inopposabilité aux tiers tout en indiquant les lacunes ainsi que nous allons le voir.

Cette interprétation fut cependant repoussée par la Commission sénatoriale qui admit la transcription des mutations par décès, mais avec une sanction toute différente. Tout d'abord, elle distingua entre la succession *ab intestat* et les libéralités par voie de testament ou de biens à venir.

148. *Suite. Successions ab intestat.* — M. Thézard, dans son rapport dit qu'on cherche vainement les tiers auxquels s'applique l'inopposabilité des aliénations ou constitutions de droits réels avant la transcription de la mutation par décès. Il ne peut pas s'agir des tiers, auxquels le défunt aurait consenti des droits, car les héritiers sont tenus personnellement de respecter tous les actes de leur auteur. Il ne peut pas s'agir de tiers auxquels un individu non héritier aurait consenti une aliénation ou une constitution de droits réels sur un bien héréditaire. M. Thézard observe que si cet individu peut être réputé un héritier apparent, l'aliénation par lui consentie pourra être valable aux termes de la jurisprudence ; s'il ne sera qu'un vulgaire usurpateur, quand même il aurait fait transcrire une déclaration de mutation et quand même les véritables héritiers n'auraient pas fait leur déclaration, il serait souverainement inique de donner effet contre eux aux aliénations ou hypothèques consenties par cet usurpateur en faveur de tiers qui seraient difficilement de bonne foi.

(1) *Revue critique*, 1897, pp. 245 et s.

Transformer ainsi la transcription pour la faire tourner non plus au profit de ceux qui ont acquis du véritable propriétaire antérieur, mais au profit de ceux qui ont acquis d'un auteur sans droit et sans titre, ce ne serait plus étendre le principe de la loi de 1855, ce serait le dénaturer absolument.

A quoi on pourrait répondre que dans le système du projet Darlan, suivant l'interprétation de M. de Loynes, cette protection aux tiers n'est pas accordée parce qu'ils ont traité avec quelqu'un qui était inscrit, mais seulement s'ils ont traité avec un héritier apparent et si celui-ci a fait publier une déclaration de mutation : le projet Darlan pose une limitation au système de la jurisprudence et il ne le dénature nullement. Même dans le projet de la Commission du cadastre à force probante, les tiers ne sont protégés que s'ils ont traité à titre onéreux et de bonne foi. « Enfin, continue M. Thézard, prétendrait-on appliquer la non opposabilité en ce sens que les tiers qui auraient traité avec l'héritier avant la transcription de sa déclaration de succession, seraient évincés par ceux qui auraient traité avec le même héritier depuis la transcription de cette déclaration ?

« Cette solution ne reposerait sur aucun motif sérieux et ne pourrait qu'encourager des fraudes.

« Celui qui traite avec un héritier doit s'assurer avant tout en consultant le registre des transcriptions, qu'il n'existe aucune aliénation antérieure au nom de cet héritier. Or si le tiers qui veut traiter dans ces conditions rencontre une aliénation transcrite du chef de cet héritier, — que cette aliénation, en supposant introduite la transcription des mutations par décès, soit antérieure ou postérieure à une transcription de la mutation par décès, — ce tiers est bien et dûment averti, dans un cas comme dans l'autre, que l'héritier a déjà disposé de son droit, et il doit s'abstenir de traiter. Il serait étrange qu'ainsi prévenu il pût faire prévaloir un contrat conclu dans de telles conditions contre un droit antérieur qui lui a été nécessairement révélé.

« De toute façon, dans le conflit possible entre les tiers qui ont successivement traité avec l'héritier et au point de vue de l'inopposabilité, il n'y a qu'une chose à considérer ; l'antériorité de transcription des actes émanés de l'héritier lui-même ».

Cette observation est exacte et elle avait été déjà faite par M. de Loynes en 1867 (1) ; mais sur ce point le projet Darlan présentait

(1) V. *loc. cit.*, pp. 246-247.

plutôt une lacune à combler : il n'y a pas de raison pour en conclure, comme le faisait le rapport précité (p. 258) « qu'il est impossible, en matière de mutation par succession *ab intestat*, d'établir la non opposabilité comme sanction du défaut de transcription ».

M. de Loynes se posait le problème en supposant qu'un premier acquéreur d'un immeuble de l'héritier véritable se contente de requérir la publicité de son propre titre et ne requière pas la publicité de la mutation par décès (1). Dans cette occurrence, qu'arriverait-il si cette dernière publicité est requise par le second acquéreur en même temps que la transcription de son acte d'acquisition ?

La publicité de la mutation par décès ne profitera-t-elle alors qu'à celui qui l'aura requise, de telle sorte que le second acquéreur soit préféré au premier ? Ou bien quoique requise par le second acquéreur profitera-t-elle à tous les intéressés, conformément à la règle écrite dans l'art. 1941 du Code civil italien, spécialement au premier acquéreur qui pourra immédiatement opposer son droit aux tiers, en particulier au second acquéreur, pourvu toutefois qu'il ait le premier fait publier son titre d'acquisition ?

M. de Loynes jugeait nécessaire une décision du législateur à cet égard en décidant, soit que la publicité de la mutation par décès assure l'efficacité des droits établis antérieurement, pourvu qu'ils aient été conservés conformément aux lois, soit qu'aucun droit même rendu public ne peut être opposé aux tiers si l'acte qui le transfère ou le constitue n'a pas été précédé ou au moins n'est pas accompagné de la transcription prescrite par l'art. 3 pour assurer la publicité de la mutation par décès.

Le Sénat ne pensa même pas qu'il fût nécessaire d'imposer à l'héritier l'obligation de veiller à la transcription sous peine d'amende et il se contenta de décider que le receveur de l'enregistrement devrait transmettre au conservateur une copie de la déclaration de succession (art. 5).

149. *Suite. Legs et donations de biens à venir.* — M. Thézard faisait remarquer qu'en ce qui concerne les legs on eût pu concevoir l'application des principes de la loi de 1855. La transcription servirait à régler le conflit entre le légataire et un tiers ayant traité

(1) Il est évident que cet inconvénient ne pourrait pas se présenter si on acceptait le principe de l'impossibilité de transcrire son titre pour un acquéreur, si celui de son auteur n'est pas transcrit.

avec l'héritier, car ces deux individus peuvent être considérés comme les ayants cause d'un même auteur. Si l'acquéreur avait fait transcrire un titre avant la transcription du testament, il aurait évincé le légataire. Mais M. Thézard ajoutait, et ses raisons ont convaincu la Commission et le Sénat, que l'application intégrale des principes de 1855 eût pu être à la fois dangereuse et inutile. Il eût été dangereux, suivant M. Thézard, de décider que le tiers auquel l'héritier aurait consenti un droit réel, pût primer le légataire par une transcription antérieure de son titre. Cela eût donné lieu à des fraudes et il eût fallu tout au moins accorder au légataire un délai pour procéder à la transcription et décider que la transcription opérée dans ce délai aurait un effet rétroactif (1).

Mais il importe de remarquer que ce système ne serait pas plus dangereux que celui de la Jurisprudence en matière d'héritier apparent, car d'après le projet Darlan, suivant l'interprétation donnée par M. de Loynes, les tiers sont protégés s'ils sont de bonne foi et non pour le simple fait de la publication de la mutation.

Même dans le projet de la Commission du cadastre, le délai de six mois concédé au légataire n'importe pas la conséquence qu'à partir de l'échéance du délai, le tiers auquel l'héritier aurait consenti un droit réel puisse primer le légataire par une transcription antérieure de son titre. Le tiers doit être toujours de bonne foi et ignorer l'existence du legs, même non publié.

Par conséquent, les critiques adressées par le Sénat au système du projet Darlan ne sont pas acceptables. Il est vrai, toutefois, que la formulation de la sanction édictée dans l'art. 4 du projet Darlan, donne lieu à de graves difficultés d'interprétation et puisque l'effet de la transcription des mutations à cause de mort ne peut pas être le même de celui de la transcription des actes entre vifs, il vaudrait mieux de préciser exactement les conséquences du défaut de transcription, ainsi que nous le verrons.

Dans le projet du Sénat, la transcription n'est ordonnée que sous peine d'amende contre le légataire.

Dans le projet adopté par la Chambre, les déclarations de successions légitimes sont assimilées à celle de successions testamentaires et une amende de 100 francs serait prononcée dans tous les cas

(1) Le projet de la Commission du Cadastre concédait au légataire véritable un délai de six mois de l'ouverture de la succession pour la publication du testament (v. n° 120).

contre les avoués, les notaires et les parties faute de transcription dans certains délais (1). Le projet du Sénat n'exige pas la transcription de la succession *ab intestat*, au cas où ait lieu la transcription du partage.

Il est une catégorie de successions que le projet Darlan ne mentionnait pas, ainsi que le projet du Sénat, tandis qu'elle était contemplée dans celui de la Commission du cadastre ; ce sont les successions des absents, c'est-à-dire l'envoi en possession.

La Chambre remédia à ce défaut en imposant la publication des jugements d'envoi en possession des biens d'absents (art. 4).

La sanction adoptée par le projet notarial est l'inaoposabilité de tous droits résultant des mutations non transcrites, avec ce tempérament, qu'un délai de six mois est accordé aux successeurs, pour remplir la formalité, suivant le système de la Commission du cadastre. Avant d'exposer ce système nous dirons un mot sur la forme de la publicité :

150. *Forme de la publicité des mutations par décès.* — Nous avons déjà indiqué les titres à transcrire exigés par les projets que nous examinons quant aux mutations à cause de mort. Il y a lieu d'observer que les commentateurs de ces projets sont unanimes à remarquer l'insuffisance des titres exigés. M. de Loynes observait que des précautions particulières devraient être prises et que, indépendamment d'un extrait du testament ou d'un extrait certifié de la déclaration de mutation par décès, il faudrait exiger la présentation d'un certificat de délivrance, d'une copie de l'ordonnance d'envoi en possession ou d'un acte de notoriété établissant la qualité d'héritier (2).

De l'avis de M. Chaîne, les parties devraient présenter, quant aux successions *ab intestat*, avec la déclaration de succession, un extrait sur papier libre de cette déclaration contenant les noms du de cujus et des héritiers et la désignation précise des immeubles ; cet extrait leur serait rendu, visé par le receveur, en même temps que la quittance des droits et elles la remettraient elles-mêmes au Conservateur en produisant à l'appui l'expédition d'un acte de notoriété ou d'un intitulé d'inventaire ; cette dernière pièce pourrait leur être restituée

(1) La Commission chargée en 1849 de préparer la réforme avait proposé un système exactement pareil à celui de M. Thézard (reproduit dans le rapport déposé par M. Viollette à la Chambre des Députés le 19 janvier 1901, *Journal Off.*, Doc. n° 2255.

(2) De Loynes, *Revue Critique*, 1897, p. 235.

après que mention aurait été faite du tout sur le registre des transcriptions. De son côté, le receveur porterait à la connaissance du Conservateur les déclarations immobilières par lui reçues (1).

En ce qui concerne les successions des absents, M. Chaîne proposait de publier les deux jugements d'envoi en possession. Au cas de succession vacante, le curateur devrait joindre à l'extrait de la déclaration de succession l'ordonnance qui lui confère ses pouvoirs (2). Quant aux testaments, en plus du testament, l'héritier devrait présenter l'ordonnance d'envoi en possession (art. 1007 et 1088 Cod. civ.) ou, en s'agissant du testament authentique, un acte de notoriété ou un intitulé d'inventaire. Le légataire particulier ou à titre universel devrait joindre au testament l'acte ou le jugement de délivrance du legs. De plus, comme la publicité ne se comprend que par rapport à un ou à des immeubles, le légataire devrait présenter un extrait de la déclaration de succession faite à l'enregistrement et contenant les indications qui peuvent manquer au titre. Enfin, un extrait du contrat de mariage où l'acte de donation équivaudraient à un testament authentique au cas d'institution contractuelle ou de donation entre époux (3).

Le projet du Comité des notaires des Départements, contient un système qui répond de tous points à ces desiderata.

« Art. 3. — Sont aussi rendus publiques les mutations par décès de droits réels immobiliers.

La transcription s'opère par le dépôt à la conservation des hypothèques, de deux extraits, en ce qui concerne les immeubles, des déclarations de successions, reçues par le receveur de l'enregistrement ; ces extraits sont certifiés par les receveurs.

Le Conservateur transcrit sur son registre le contenu aux extraits et remet au requérant l'un des extraits au pied duquel il certifie avoir fait la transcription.

Les héritiers légaux représenteront, avec les extraits, un intitulé d'inventaire ou un acte de notoriété, les successeurs irréguliers représenteront un extrait du jugement qui les aura envoyés en possession ; les légataires ou donataires à cause de mort, un extrait littéral tant de la disposition que du titre amiable ou judiciaire constatant, le cas échéant, la délivrance ou l'envoi en possession.

(1) Chaîne, *op. cit.*, pp. 151 et s.

(2) *Ib.*, p. 155.

(3) *Id.*, n^{os} 159 et s. V. aussi M. de Loynes, *Revue Critique*, 1897, p. 236.

La sanction du défaut de transcription est l'inopposabilité de tous droits résultant des mutations non transcrites, avec le tempérament qu'un délai de six mois est accordé aux successeurs pour remplir la formalité. De plus, ainsi que nous l'avons déjà dit, aucune aliénation ni constitution de droits réels ne pourra être faite par eux avant la transcription (art. 4).

Il y a lieu d'ajouter que suivant ce projet les receveurs devront exiger qu'on leur présente, avec la déclaration, les extraits destinés à la publicité et que les notaires devront faire transcrire (art. 5) tous les actes par eux reçus, les avoués tous jugements et arrêts définitifs rendus par les juridictions auprès desquelles ils exercent.

Il intéresse d'observer que si la loi belge de 1851 ne contenait aucune disposition relative à la publicité des mutations à cause de mort, contrairement à l'avis de la commission instituée par le Gouvernement et de M. Laurent, dans son avant-projet du Code civil, une loi du 10 octobre 1913, sans aller jusqu'à édicter la transcription, a introduit une certaine publicité. L'art. 13 dispose : « Les receveurs de l'enregistrement et des droits de succession sont tenus de faire connaître, sur sa demande, à tout intéressé, moyennant une rétribution à fixer par le Ministre des Finances, les titres de propriété des biens immeubles situés dans le ressort de leur bureau.

De leur côté, les officiers publics, chargés de donner l'authenticité aux actes auront pour devoir d'indiquer le titre le propriété des vendeurs, échangistes, donateurs, copartageants et affectants » (1).

151. *Publicité des causes d'éviction. Généralités.* — Nous avons déjà amplement étudié l'éviction dans tous les moments où les tiers ont intérêt à la connaître, c'est-à-dire au moment où naît le droit de résolution ou la cause de nullité, au moment où celui qui doit en bénéficier invoque cette cause ou ce droit, au moment où un acte ou un jugement définitif vient lui donner raison.

Nous savons qu'il y a des causes d'éviction rebelles à toute publicité contre lesquelles les tiers peuvent être à l'abri seulement dans un système de force probante institué à l'aide du principe de légalité. Il intéresse, dès lors, d'observer tout d'abord que le Comité des notaires des départements tout en établissant un système de publicité personnelle était allé très loin en adoptant une mesure, qui, si elle eût été tout à fait à sa place dans un système à force probante, était certainement excessive dans un système de publicité person-

(1) V. Daudin, *Commentaire de la loi du 10 octobre 1913*, Namur, 1914.

nelle, en qui le Conservateur gardait son rôle passif. L'art. 11 portait : « Les actions en rescision et en nullité dirigées, soit contre un acte, soit contre un contrat translatif ou déclaratif de droits réels immobiliers, à moins qu'elles ne résultent de l'incapacité d'une des parties ou du défaut absolu d'acte notarié, lorsqu'il est exigé par la loi, sont sans effets à l'égard des tiers qui ont acquis à titre onéreux des droits sur l'immeuble dans l'ignorance des causes de rescision ou de nullité qui viciaient les titres de leurs auteurs » (1).

Il importe de remarquer que même dans ce système l'action en nullité réfléchit toujours contre les acquéreurs à titre gratuit et les ayants cause de mauvaise foi. L'art. 11 que nous venons de citer faisait une exception pour les actions en nullité résultant de l'incapacité qui auraient continué à rejaillir contre les tiers. Pour parer au danger de l'incapacité, le projet des Notaires n'admettait à la transcription que les actes authentiques et les actes sous seings privés reconnus en Justice ou devant notaire (art. 2).

Au cas des actions visées par l'art. 11, les tiers étaient à l'abri de l'éviction s'ils avaient ignoré les causes de nullité ou de rescision viciant le titre de leurs auteurs. Puisque le projet ordonnait la publicité des demandes, ainsi que nous le verrons, il eût été logique de décider que les tiers n'auraient pas pu invoquer leur ignorance à partir de la mention des demandes en nullité ou en rescision ; mais le projet ne posait pas clairement cette règle. Seulement l'art. 9 déclarait les actions en nullité fondées sur les articles 446 et 447 du C. com. sans effet au regard des tiers qui eussent acquis à titre onéreux des droits sur les immeubles du failli et les eussent conservés avant la mention faite en vertu de la demande en nullité, à moins qu'ils eussent connu cette demande (2). Dans ce cas la mention de la demande constituait les tiers en mauvaise foi. Laisant de côté le système élaboré par le Comité des Notaires, voyons dans quelles limites les projets à publicité personnelle ont réalisé la publicité des causes d'éviction.

152. *Publicité des causes de résolutions.* — Le projet Darlan se préoccupe de publier ces causes au moment où elles naissent à l'état de droits virtuels, en disposant : « L'action en résolution de tout acte soumis à la transcription ne produit d'effet à l'égard des tiers que si

(1) Circulaire n° 225 du Comité, p. 697.

(2) V, le projet de la Commission du Cadastre, n° 116.

la cause de résolution a été mentionnée dans l'extrait de l'acte transcrit au bureau des hypothèques » (art. 7).

La portée de cette disposition était très peu précise. On s'était demandé s'il était nécessaire de mentionner expressément les conditions résolutions tacites pour défaut de paiement du prix dans la vente, pour inexécution des charges, pour survenance d'enfants dans les donations (1), ou bien si la simple transcription du contrat n'eût pas suffi à révéler ces causes de résolution, ainsi que les causes de résolution spécialement convenues par les parties. L'application de l'article se ferait sans peine lorsque la condition résolutoire fût expresse et l'art. 10 le décidait expressément pour la clause d'une donation de droits réels immobiliers stipulant le rapport en nature. Toujours est-il que, spéciale à l'action en résolution, cette disposition ne s'étendait pas aux actions en nullité ou en rescision, qui ne se révèlent pas au moment même de l'acte, qu'elles vicieront peut-être ultérieurement (2).

M. de Loynes proposait d'interpréter cet article dans le sens que l'observation de cet art. 7 serait rigoureusement imposée dans toutes les autres hypothèses sur la considération que le projet prenait soin de dispenser de publicité l'action en réduction des libéralités excédant la quotité disponible (art. 14) qui peut être considérée comme un cas de résolution (3).

Le Sénat, après avoir interprété ce texte dans le sens qu'il ne pourrait trouver d'application que dans l'hypothèse peu vraisemblable où on ne transcrirait pas sur les registres du conservateur toutes les mentions importantes de l'acte, le déclara superflu et le supprima ainsi que l'art. 14 du projet, et la Chambre des Députés suivit cet exemple.

L'art. 8 du projet Darlan accordait aux tiers, auxquels la résolution pour inexécution des conditions serait opposable, le droit d'en prévenir les effets en procurant l'exécution avant que le jugement prononçant la résolution soit passé en force de chose jugée (4). Ce n'était qu'une application du droit commun (art. 1666, C. civ.). Le Sénat le supprima. Nous indiquerons après le système de la Chambre.

(1) De Loynes, *Revue critique*, 1897, p. 248.

(2) Rapport Darlan, p. 2.

(3) De Loynes, *Revue critique*, 1897, p. 248.

(4) V. projet de la Commission du Cadastre, n° 118.

Le projet Darlan disposait que dans tous les cas où l'action résolutoire se trouve juxtaposée au privilège du vendeur, l'action résolutoire ne pouvait s'exercer après la péremption de l'inscription du privilège (art. 15).

L'art. 9 enfin apportait au profit des créanciers privilégiés ou hypothécaires, une atténuation aux effets des actions en résolution ou en revendication en décidant, conformément au projet de la Commission du cadastre (1), que les sommes qui devront être remboursées à l'acquéreur dont le droit est résolu, seront distribuées entre ces créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang. Cette disposition fut acceptée par le Sénat (art. 7, al. 2) et par la Chambre des Députés (art. 7, al. 4).

Même dans le projet du Sénat les causes de résolution expresse doivent être transcrites, à l'encontre du système actuel d'après lequel ces conditions produisent leur effet contre des tiers dans le cas même où par extraordinaire elles ne se trouvent pas transcrites avec l'acte qui les contient, car l'art. 6 en ordonnant de transcrire la renonciation au droit de réméré ou la cession dudit droit, laisse entendre que la clause de réméré doit être transcrite.

Mais à défaut d'un texte, il était possible d'en douter, notamment pour le retour conventionnel. Pour les conditions résolutoires tacites une seule avait les honneurs de la publicité : le non paiement du prix de vente. D'après le projet Darlan qui suivait le projet des notaires, la proposition de loi de MM. Dupuy-Dutemps, Brisson et Leygues et le projet de la Commission du Cadastre, cette publicité était étendue au droit de résolution de l'échangiste et au droit de révocation du donateur pour cause d'inexécution des charges et cet exemple fut suivi par le Sénat (art. 2) (2).

Quant à cette cause occulte d'éviction résultant d'une disposition de la loi qu'est le rapport à succession, le projet des Notaires disposait : « hors le cas d'une réserve expresse insérée dans la donation et régulièrement publiée, le rapport n'a lieu qu'en moins prenant, lorsque le donataire a aliéné l'immeuble ou l'a grevé de droits réels avant l'inscription des droits des cohéritiers » suivant l'exemple du projet de la Commission du cadastre (3).

(1) Art. 21, v. n° 118.

(2) Quant au projet de la Chambre, v. *infra*, n° 153.

(3) V. n° 118. Un membre de la Commission du cadastre avait avancé une proposition tendant à ce que les héritiers pussent exiger le rapport en nature, en

Le projet Darlan résout la question dans son art. 10 de la manière suivante : « La clause d'une donation de droits réels immobiliers stipulant des rapports en nature n'est opposable aux tiers que si elle a été rendue publique dans la forme prescrite dans l'art. 7. »

Le projet du Sénat ainsi que celui de la Chambre des Députés sont muets à ce sujet. Nous avons déjà dit que des doutes sont possibles dans le projet Darlan quant à la révocation d'une donation pour cause de survenance d'enfant ou d'inexécution des charges. Le projet du Sénat ainsi que celui adopté par la Chambre n'ont aucune disposition à ce sujet, ni quant à la révocation des libéralités entre époux.

De même le projet Darlan, suivi par le Sénat et la Chambre, n'a pas touché à la réduction pour atteinte à la réserve, à l'action en nullité du partage d'ascendants prévue par les articles 1078 et 1079 du Code, ni aux actions en nullité ou en rescision (1).

La Chambre des Députés a voté en 1913 une proposition de loi introduisant des réformes importantes en matière d'actions attaquant un partage d'ascendant (2).

Le projet de loi écarte tout d'abord l'application des articles 826 et 832 de sorte qu'il fait disparaître l'action en nullité pour violation de ces articles relatifs à la composition des lots.

Il décide, en second lieu, que l'appréciation des biens en vue de déterminer si l'un des enfants a été lésé de plus du quart devra être faite à l'époque où l'acte a été conclu, et non plus au décès de l'ascendant.

Enfin, en ce qui concerne le moment où prennent naissance les actions en réduction pour atteinte à la réserve, en rescision pour lésion, la Commission du Sénat avait proposé (3) de revenir au système de l'arrêt de la Chambre des requêtes du 4 février 1845 (4), qui

s'engageant à respecter les droits réels constitués par le donataire (Procès-verbaux, fasc. II, p. 55). Cette proposition ne passa pas dans le texte définitif de l'avant-projet (fasc. IX, p. 846).

(1) V. pour le projet des Notaires le n° précédent.

(2) V. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1906, p. 146, note de M. Giraud ; circul. trimestrielle des notaires des départements, n°s 258 et 302 ; *Revue Trimestrielle de dr. civ.*, 1910, p. 670 ; A. Colin et Capitant, III, n° 1244. V. n° 67.

(3) V. rapport supplémentaire de M. Lebert, *J. Off.*, Doc. parl., Sénat, 1914, sess. ordin., p. 712, Annexe n° 359.

(4) D. P., 45.1.49, S. 45.1.306.

avait décidé que la prescription commence à courir à dater du jour où l'acte a été passé. Mais elle a ensuite abandonné ce système et maintenu la règle actuelle en vertu de laquelle les actions en réduction, nullité et rescision ne peuvent être introduites qu'après le décès de l'ascendant ou du survivant des pères et mères au cas de partage conjonctif ; mais elle ajoute que ces actions devront être intentées dans le délai de deux ans à partir du décès. En outre, il importe surtout de remarquer que ce projet décide que, au cas de rescision ou d'annulation du partage, les enfants feront le rapport en moins prenant, s'ils ont aliéné les biens à eux donnés. Ainsi les tiers acquéreurs seraient hors d'atteinte et leurs acquisitions ne seraient pas menacées d'être anéanties.

Nous avons déjà dit que le rapport de M. Viollette à la Chambre des Députés proposait d'imposer la publication des contrats de mariage en cas de retraits d'indivision ou de restriction à l'hypothèque légale et que le projet notarial (art. 8) interdisait de même à la femme d'exercer le retrait d'indivision si elle ne s'en était pas réservé le droit par une inscription antérieure à celle des droits acquis par les tiers.

Il y a lieu de rappeler que la Chambre imposait la transcription des actes constitutifs des biens réservés de la femme (art. 4, n° 5) ou des biens de famille (art. 2, n° 8) ; des actes et jugements réduisant les hypothèques des incapables (art. 2) ; des jugements de divorce ou séparation révoquant des avantages immobiliers (art. 6).

153. *Publicité des demandes.* — Nous avons déjà dit que la Commission législative de 1850 projetait d'étendre à toutes les demandes en résolution le régime imposé par l'art. 958 aux demandes en révocation pour ingratitude et comme cette proposition fut repoussée (1).

Le projet Darlan n'avait aucune disposition à ce sujet. Le Sénat estima qu'il était indispensable de prévenir les tiers de l'action en résolution pour les mettre à même d'intervenir dans l'instance et de défendre leurs intérêts.

Il faut rappeler que le système proposé en 1850 avait pour but de rendre inopposable aux tiers le droit de résolution aussi longtemps qu'il n'eût pas pris la forme d'une action et que la demande n'eût pas été rendue publique. Le système du Sénat, concernant toute action en annulation, rescision, résolution, ne touche en rien

(1) V. n° 100.

ce qui concerne l'inopposabilité ; de plus, il n'est pas institué pour la protection de tous les tiers, mais uniquement de ceux ayant un droit inscrit ou transcrit sur l'immeuble.

D'une façon générale, la publicité de la demande d'annullement ou de résolution peut présenter plusieurs avantages, sans faire échec aux principes du Code civil en matière de rétroactivité de la résolution.

Lorsque la cause de résolution comporte un effet rétroactif, la publicité de la demande n'est pas faite pour empêcher l'action de réfléchir contre les tiers qui ont contracté avant la demande ; mais nombreux sont ceux que la publicité de la demande intéresse. Elle constitue un avertissement utile pour les tiers qui seraient tentés d'acquérir un droit sur l'immeuble ; ignorants de la demande, ils pourraient s'imaginer, même s'ils connaissent la cause de résolution, qu'elle ne sera jamais invoquée et traiter en toute confiance ; la publicité leur évitera de commettre cette faute.

Si l'on considère les résolutions dont l'effet se produit *eux-nunc*, on s'aperçoit que la publicité des demandes présentera un double avantage : elle profitera au demandeur en lui permettant de limiter son préjudice aux aliénations consenties par le défendeur avant la demande ; justement parce que la résolution n'est pas rétroactive, il est intéressant, au point de vue du demandeur de constituer les tiers en mauvaise foi ; tout acte de disposition que le défendeur passerait entre la publication de la demande et le jugement serait désormais sans effet à l'égard du demandeur en résolution. De leur côté, les tiers dûment prévenus s'épargneront le risque d'acquérir un droit sur le point d'être anéanti et ne seront pas exposés au risque de se voir contester leur acquisition comme suspecte de mauvaise foi.

Cette publicité de la demande, sous la forme de prénotation est nécessaire, comme nous l'avons vu, dans les systèmes à publicité absolue à force probante, dans l'intérêt des véritables titulaires des droits, puisque les tiers sont à l'abri de toute cause d'éviction. Dans les systèmes à publicité personnelle, au contraire, cette publicité est organisée en général dans l'intérêt des tiers acquéreurs ainsi que nous venons de le voir, et aussi dans l'intérêt du véritable titulaire aux cas où la résolution a lieu *eux-nunc*.

Dans ces systèmes à publicité personnelle, il est en effet possible de faire un pas en avant en décidant que certaines causes de résolution seront inopposables aux tiers aussi longtemps qu'elles ne pren-

dront la forme d'une action et en sauvegardant tous les droits acquis sur l'immeuble avant que la demande en résolution ne soit introduite et rendue publique.

Il s'agirait d'étendre à d'autres demandes en résolution le régime institué par l'art. 958, ainsi que le proposait la Commission législative de 1850 et ainsi que le dispose le Code italien.

Mais tout en maintenant aux résolutions ou annulations leur effet rétroactif, tout en respectant la ligne de démarcation tracée par le Code civil entre la révocation *ex tunc* et celle qui opère *ex nunc*, l'idée de la publicité préalable des demandes en révocation ou en nullité peut rendre d'utiles services en prévenant les tiers qui n'ont pas contracté, de la menace suspendue sur la tête du propriétaire apparent et des risques qu'ils courent en traitant avec lui.

De plus, même au point de vue des révocations non rétroactives, dans les limites du système du Code civil, le système de l'art. 958 présenterait les avantages que ce système offre dans les autres cas qui font exception à la règle de la rétroactivité des résolutions, à savoir : la déchéance de l'usufruitier pour abus de jouissance, la révocation du droit de l'héritier apparent ou de l'envoyé en possession des biens de l'absent, la révocation des actes passés en fraude des droits des créanciers (1).

C'est dans ce but que le projet notarial (art. 13) déclarait toute demande d'annulation ou de résolution irrecevable si elle n'est point mentionnée en marge de la transcription, suivant l'art. 3 de la loi hypothécaire belge (2).

Le Sénat, tout en estimant qu'il était indispensable de prévenir les tiers, ne s'engagea pas dans cette voie, il ne se préoccupa pas des tiers dont nous venons de parler, mais de ceux ayant un droit inscrit ou transcrit sur l'immeuble. Il est vrai, en effet, que dans le cas d'inexécution des charges, l'art. 1166 qui autorise les tiers à exercer tous les droits de leur débiteur leur donne le moyen d'empêcher l'effet de la résolution en prévenant l'exécution à laquelle leur auteur se dérobe. Le projet Darlan (art. 8) consacrait ce droit par une disposition formelle. Le Sénat supprima cette disposition qui ne faisait que consacrer le droit commun. Mais les tiers, comme le remarque M. Thézard (3), ne sont pas toujours avertis en temps

(1) V. Besson, p. 159 ; Laurent, XXIX, n° 209 ; Chaîne, p. 180.

(2) Laurent, XXIX, n° 205 et s.

(3) Rapport Sénat, année 1904, doc. n° 111, pp. 74-75.

utile des poursuites intentées. « La révocation est prononcée dans un jugement de défaut rapidement obtenu, inaperçu de tous. Enfin, intervient un acquiescement qui donne à ce jugement l'autorité de la chose jugée, et les tiers n'ont pas été prévenus... Une seule ressource leur reste, c'est la tierce-opposition, à la condition de prouver (et combien cette preuve est difficile !) que cette procédure a été organisée en fraude de leurs droits ».

Il s'agit donc des intérêts des tiers qui ont acquis des droits du défendeur avant la demande. Et le projet du Sénat ordonne qu'à ces tiers qui ont transcrit ou inscrit, toute action en annulation, rescision ou résolution soit notifiée par le demandeur au moyen d'un acte extrajudiciaire signifié au domicile élu ou à défaut au domicile réel : il ne pourra être pris jugement qu'un mois après la notification, sinon ce jugement sera inopposable aux tiers. Tout acte amiable de consentement à l'annulation, rescision ou résolution d'un acte transcrit devra être notifiée de la même façon et un délai de deux mois à partir de la notification et à peine de déchéance sera accordé pour contester ou empêcher l'effet dudit acte (art. 7).

Ce système néglige totalement d'avertir du danger les tiers qui pourraient contracter avec le défendeur au cours de l'instance. M. Legrand, dans la discussion qui eut lieu au Sénat, signala l'importance qu'il y aurait à décider que la notification prescrite serait mentionnée aux hypothèques (1).

Ce système ne présentait pas les avantages de la loi belge, suivie par la projet notarial (2), mais il protégeait des intérêts que la loi belge laissait sans défense.

Il y a lieu de remarquer que si la mention aux registres hypothécaires en marge de la transcription de l'acte attaqué ne saurait suffire par elle-même, car elle n'atteindrait pas les créanciers ou acquéreurs antérieurs, la seule notification est aussi insuffisante, de sorte que les deux facultés se complètent et sont également indispensables (3).

Cette double formalité fut adoptée par la Chambre des Députés, qui outre la publicité imposée par le Sénat, imposa sous la même sanction d'inopposabilité aux tiers, la mention de l'acte introductif

(1) *Journal Off.*, Sénat. Séance du 23 octobre 1908, p. 1031.

(2) L'art. 13 déjà cité n'ordonnait pas la notification aux créanciers inscrits.

(3) Sauf si l'on admet le principe de l'inopposabilité aux tiers des jugements obtenus en vertu de ces demandes, ainsi que nous le verrons (v. n° 256).

d'instance et de l'acte amiable de consentement à l'annulation, rescision ou résolution en marge des inscriptions ou transcriptions, et dans le même délai d'un mois du jour de la demande ou de la convention en marge des inscription et transcriptions concernant l'immeuble objet de l'annulation, rescision ou résolution (art. 7, al. 1^{er}) (1).

Mais la Chambre fit encore un pas en avant. Tandis que le projet de la Commission ne portait aucune atteinte au principe de la rétroactivité de la résolution, la Chambre des Députés vota un article 13 qui supprimait l'effet rétroactif de l'action résolutoire et de l'action en révocation pour cause d'inexécution en décidant que ces actions « ne peuvent plus être exercées aux préjudices des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, du donataire ou du copartageant attributaire et qui se sont conformés à la loi pour les conserver ».

Puisque le projet adopté par la Chambre contient, ainsi que nous venons de le voir, le système de la mention en marge de la demande en résolution (art. 7), il faut croire que l'intention du législateur était de maintenir tous les droits acquis sur l'immeuble par les soins des sous-acquéreurs avant que la demande en résolution n'ait été introduite et rendue publique et non ceux qui seraient acquis postérieurement à la mention de la demande en marge de l'inscription ou de la transcription.

Les articles 7 et 13 étendent par conséquent le système de l'art. 958 du Code civil à l'action en résolution et à sa variété qui est l'action en révocation pour cause d'inexécution des charges (2).

(1) Rapport supplémentaire par M. Violette, Chambre des Députés, 1909, n° 2939, p. 20. Dans la rédaction définitive votée par la Chambre, la mention est périmée après un délai de trois ans du jour où elle a été faite. Elle peut être renouvelée pour une nouvelle période de trois ans sur le dépôt d'une ordonnance du Président du Tribunal ou de la Cour. Elle est radiée dans les formes et conditions prévues par les articles 2157 et 2158 du Code civil.

Le même article régleme les formalités de cette mention. — De plus, aucune annulation, rescision ou résolution de plein droit ne sera opposable aux tiers qui auront acquis des droits du chef de l'acquéreur dépossédé et qui les auront conservés conformément à la loi, si la mise en demeure signifiée au débiteur ne leur a pas été dénoncée dans les trois jours de cette signification. La décision définitive qui déboute le demandeur de son action sera mentionnée par les soins de l'avoué et aux frais du demandeur à l'instance.

(2) Ce système s'apparente à celui du Code civil italien.

Cette règle s'applique seulement à l'action résolutoire proprement dite et non à l'action en révocation pour cause de survenance d'enfant, à l'action en rescision, à l'action en annulation, etc... L'article 9 du Comité des Notaires déclarait les actions en nullité fondées sur les articles 446 et 447 du C. Com. sans effet au regard des tiers qui ont acquis à titre onéreux des droits sur les immeubles du failli et les ont conservés avant la mention faite en vertu de la demande en nullité, à moins qu'ils n'aient connu cette demande (1).

154. *Publicité des jugements et actes de résolution.* — L'art. 4 de la loi de 1855 prescrit à l'avoué, sous peine d'une amende de 100 francs, de mentionner en marge de la transcription tous jugements prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit, dans le mois à dater du jour où il a acquis l'autorité de la chose jugée.

Le projet Darlan, par le dernier alinéa de l'art. 5, ordonnait que l'acte ou le jugement qui résout, annule ou rescinde un acte transcrit fût mentionné en marge de la transcription ; mais à la différence de la loi de 1855 (art. 4), il ne sanctionnait pas cette obligation, tout en décidant (2) que cette mention aurait le même effet que la transcription. C'était un progrès, car la loi de 1855 n'exigeait que la publication des résolutions judiciaires en laissant de côté les résolutions par convention, tandis que ce projet soumettait à la même résolution les actes constatant une résolution, nullité ou rescision.

L'art. 6 du projet du Sénat sanctionne cette publicité sous peine d'une amende de 100 francs et il complète la liste en y joignant les jugements et les actes constatant le rachat d'un immeuble vendu à réméré, la renonciation au droit de réméré ou la cession dudit droit, éventualité qui était laissée de côté par la loi de 1855, qui ne vise pas les résolutions qui fonctionnent de plein droit et sans jugement, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une clause de condition résolutoire insérée dans l'acte translatif.

Le défaut du système voté par le Sénat est l'insuffisance de la sanction. Cette sanction comme dans le projet Darlan, devrait rendre opposable aux tiers la résolution du droit, comme la transcription leur en a rendu opposable la constitution. M. Thézard, pour

(1) V. projet de la Commission du cadastre, n° 116.

(2) Exposé des motifs, p. 8.

repousser le système de M. Darlan, renvoie à ses observations sur l'impossibilité de concilier la sanction de non-opposabilité avec l'effet rétroactif d'un jugement ou d'un acte, que nous avons déjà confutées.

Si ce projet vise l'exercice du réméré en matière de vente, laisse encore en dehors de ses dispositions, comme le projet Darlan, les hypothèses où la révocation a lieu de plein droit, par exemple la révocation des donations pour cause de survenance d'enfant, le retour conventionnel de l'art. 953, la révocation spéciale de l'art. 299, au cas de divorce ou de séparation de corps. Le projet voté par la Chambre ordonna la transcription des actes et jugements réduisant les hypothèques des incapables (art. 2), les jugements de divorce ou séparations, révoquant des avantages immobiliers (art. 3).

155. *Appréciation critique. Renvoi.* — Nous renvoyons les appréciations critiques de ces dispositions au moment où nous serons à même de conclure sur tous les projets proposés. Il suffira d'attirer l'attention sur les insuffisances suivantes : danger de procéder par énumération à cause de la difficulté de viser dans l'intérêt des tiers tous les actes relatifs aux immeubles ; difficulté d'établir une règle générale au moyen d'une formule unique, à cause de la différence de nature de ces mêmes actes ; difficulté de sanctionner le défaut de publicité soit par rapport à l'obligation de transcrire, soit par rapport aux effets de la transcription ; insuffisance de la publicité édictée par rapport aux causes d'éviction, aux demandes en justice, aux actes et jugements de résolution et d'anéantissement ; insuffisance des formes de la transcription notamment au cas de mutation par décès et par rapport à la publicité des registres.

156. *La réforme du régime hypothécaire. Généralités.* — Tandis que le projet des notaires et celui du garde des Sceaux Darlan suivaient de près le système proposé par la Commission du cadastre (1), dans le but de réaliser la suppression aussi complète que possible des trop nombreuses exceptions apportées par le Code à la spécialité des causes de préférence sur les immeubles entre les créanciers, le Sénat refusa d'admettre cette idée et se borna à quelques modifications de détail aux règles actuellement en vigueur.

(1) Exposé des motifs du projet Darlan, p. 2 ; discours de M. Challanel, rapporteur à la séance du 21 décembre 1899 de la Sous-Commission juridique du cadastre, fasc. n° 7, p. 35.

157. *Les privilèges généraux.* — L'article 12 du projet Darlan supprimait ces privilèges en tant du moins qu'ils portaient subsidiairement sur les immeubles, sous la réserve de ce que nous dirons pour le privilège des frais de justice, conformément au projet notarial (art. 20) (1).

Le projet sénatorial conservait ces privilèges, se bornant à faire passer les privilèges immobiliers spéciaux avant les généraux, ceux-ci continuant à primer les hypothèques (art. 18). Ils étaient dispensés d'inscriptions (2).

Dans le projet de la commission de la Chambre, les privilèges immobiliers continueraient à passer avant les privilèges spéciaux sur immeubles ; mais le projet de loi voté par la Chambre ne contient aucune disposition à ce sujet.

158. *Privilèges spéciaux sur les immeubles.* — Le projet Darlan réglementait les privilèges spéciaux sur les immeubles conformément au système proposé par la Commission du cadastre. Suivant l'art. 13, étaient privilégiées :

1° La créance des frais de justice faits pour la réalisation de l'immeuble et la distribution du prix. Le privilège est spécial et ne grève que l'immeuble réalisé.

2° La créance du vendeur pour le prix et les charges résultant de l'acte de vente.

M. de Loynes proposait d'imposer l'évaluation des charges au moins dans l'inscription (3).

Le privilège du vendeur était étendu à la créance des échangeistes pour les soultes stipulées dans l'acte d'échange, conformément à la jurisprudence, — et aussi pour dommages-intérêts en cas d'éviction, — contre la jurisprudence, conformément au système proposé par la Commission du cadastre. M. de Loynes, qui critique cette innovation, observe que les dommages-intérêts sont calculés non pas sur la valeur de l'immeuble échangé, mais d'après celle de l'immeuble évincé : il est donc difficile d'y voir le prix d'une aliénation et d'admettre de ce chef l'existence d'un privilège. Il montre en outre

(1) M. de Loynes, critiquant cette disposition, proposait le système de déclassement suivi par la Commission du cadastre (v. n° 122) et adopté après par la Société d'Etudes législatives (v. n° 198), *Revue critique*, 1897, p. 363.

(2) Amendement de M. Legrand.

(3) *Loc. cit.*, p. 364.

les difficultés pour l'évaluation de cette créance, qu'il y aurait lieu d'imposer dans l'acte d'échange, le conservateur étant tenu de prendre une inscription d'office, et les graves complications auxquelles donnerait lieu le règlement d'un ordre dans lequel figurerait une créance aussi incertaine et aussi éventuelle (1).

Le même privilège était étendu à la créance du donateur pour les charges ou prestations imposées au donataire dans l'acte de donation, conformément au système proposé par la Commission du cadastre et à la loi belge. Le doute était possible quant au legs avec charges en ce qui concerne la créance des héritiers ou successeurs du testateur et le bénéficiaire de la charge.

3° La créance des copartageants, savoir : pour les soultes ou retour de lots, sur les immeubles compris dans le lot chargé de la soulte, pour le prix de la licitation, sur le bien licité, pour la garantie des lots, sur chacun des immeubles compris dans le partage.

C'était le système de la Commission du cadastre.

4° La créance des créanciers d'une succession et des légataires dans les termes de l'art. 2111 nouveau du Code civil.

Le Sénat accepta cette réglementation, mais la Chambre ne vota pas la disposition.

L'art. 15 du projet Darlan soumettait à une règle uniforme les privilèges du vendeur, du donateur, de l'échangiste et du copartageant, exigeant pour leur exercice la conservation par une inscription encore existante. La transcription ne valait pas inscription. L'inscription devait être prise dans un délai de 30 jours, et le conservateur était tenu d'inscrire d'office le privilège au moment de la transcription du titre, sous sa responsabilité. Inscrit dans ce délai le privilège emportait la préférence sur toute inscription prise du chef du nouveau propriétaire.

Le Sénat accepta ces principes en portant le délai à soixante jours. Le conservateur n'était d'ailleurs pas tenu de renouveler lui-même l'inscription, qui était soumise à toutes les règles de prescription ordinaire. Il ne devait pas prendre d'inscription d'office au cas d'actes ou jugements portant partage ou licitation. Puisque le projet Darlan était muet sur le point de savoir si l'inscription conservait le droit de suite à l'encontre d'un nouvel acquéreur, qui aurait fait transcrire son titre dans l'intervalle, notamment en raison de

(1) *Loc. cit.*, pp. 364-365.

l'abrogation de l'art. 6 de la loi de 1855, et ce silence était de nature à faire naître des doutes (1), le Sénat décida expressément que l'inscription dans les soixante jours conserverait le droit de suite (art. 11).

Conformément à l'art. 7 de la loi de 1855, le projet Darlan (art. 15) solidarisait l'action résolutoire du vendeur avec le privilège, et de plus assimilait à cet égard, l'action en folle enchère à l'action résolutoire.

Ce texte visait l'action résolutoire de l'art. 1184 et de l'art. 1654 ainsi que l'action en résolution de l'échange intentée par le copermutuant évincé (art. 1705). Il visait certainement aussi l'action en révocation de la donation pour inexécution des charges du moment qu'un privilège était établi dans cette hypothèse ; mais on aurait pu désirer une meilleure précision. De même, une disposition formelle eût été utile, en ce qui concerne l'action résolutoire expresse prévue par l'art. 1565. Enfin, on pouvait se demander si le texte visait également le cas où une disposition formelle soit de l'acte de partage, soit du cahier des charges de l'adjudication sur licitation, lorsqu'un des colicitants se porte adjudicataire, autoriserait l'action en résolution ou la poursuite en folle enchère en cas d'inexécution par l'une des parties de ses engagements ou de non paiement du prix. L'action en résolution pourrait être solidarisée à la conservation du privilège ; mais à défaut d'une disposition expresse des doutes étaient possibles (2).

Le Sénat jugea opportun d'étendre expressément cette règle à l'action en révocation du donataire pour inexécution des charges et modifia la rédaction du texte Darlan afin de se prononcer pour la déchéance de l'action résolutoire à l'encontre de la masse de la faillite de la part du vendeur qui a négligé d'inscrire son privilège. Il se refusa d'assimiler l'action en folle enchère à l'action en résolution.

Dans le projet de la Commission de la Chambre, le privilège du copartageant était primé par l'hypothèque établie sur l'immeuble indivis du consentement de tous les copartageants. Inscrits dans le délai de soixante jours, les privilèges du vendeur, du donateur et de l'échangiste, du copartageant étaient conservés non seulement

(1) V. de Loynes, *Revue critique*, 1897, p. 369.

(2) De Loynes, *loc. cit.*, pp. 369-370.

nonobstant toutes inscription et transcription, mais aussi nonobstant toutes acceptations bénéficiaires et tous jugements constatant la vacance de la succession, déclarant la faillite, ou ordonnant la liquidation judiciaire, survenus dans ce délai ; en ce qui concerne la folle enchère, elle ne pouvait être poursuivie contre l'adjudicataire que si le privilège du vendeur était conservé. Contre l'adjudicataire colicitant la folle enchère n'était permise qu'en vertu d'une clause du cahier des charges, mentionnée en marge du jugement d'adjudication dans la quinzaine de son enregistrement et transcrite à la conservation des hypothèques, où sa publicité se périmait par dix ans si elle n'était renouvelée.

Le projet voté par la Chambre n'a conservé que la disposition relative à l'uniformité du délai de soixante jours et la disposition relative à la rétroactivité de l'inscription de tous ces privilèges, même au cas de faillite, etc. (art. 12).

En ce qui concerne l'action résolutoire et en révocation pour cause d'inexécution des charges, nous avons déjà dit que l'art. 13 voté par la Chambre, dispose qu'elles ne peuvent plus être exercées au préjudice des tiers qui ont acquis et conservés des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, donataire ou copartageant attributaire (1).

L'art. 16 du projet Darlan faisait de la séparation des patrimoines un véritable privilège immobilier emportant le droit de suite (2). Il fixait à trois mois le délai dans lequel l'inscription pouvait être prise. Le Sénat porta à six mois le délai. Une précision fut apportée en outre en ce qui concerne la question de l'indivisibilité : contrairement à ce qu'admet la jurisprudence (3) le Sénat décida que, nonobstant la pluralité d'héritiers, le privilège porterait d'une façon indivisible sur tous les biens de la succession. Le rapport de M. Thézard (p. 271) constate que les textes adoptés

(1) V. n° 153.

(2) M. de Loynes, *Revue critique*, 1897, p. 370, se demandait si l'inscription prise dans les trois mois conserverait le droit de suite comme le droit de préférence avec effet rétroactif aussi bien à l'encontre des tiers acquéreurs qu'à l'encontre des créanciers hypothécaires de l'héritier et il demandait une précision à ce sujet. Nous rappelons qu'à présent le droit de suite de la séparation des patrimoines opère seulement si le créancier a fait inscrire la séparation avant la transcription. Dans le sens de la rétroactivité à l'encontre d'une aliénation antérieurement inscrite, v. le projet de la Commission de Cadastre, n° 124.

(3) Cass. 10 Juillet 1893, D. 94, I. 5, note de M. de Loynes.

n'apportent aucune modification à la jurisprudence qui règle la situation respective des créanciers et légataires du défunt ayant conservé leur droit à la séparation et de ceux l'ayant perdu, soit entre eux, soit par rapport aux créanciers personnels de l'héritier.

M. de Loynes proposait d'aller jusqu'à la dernière des évolutions de la séparation des patrimoines et d'en faire un privilège absolument individuel, de décider que les créanciers héréditaires inscrits dans les trois mois, viendraient en concours entre eux, et par préférence aux légataires même inscrits dans ce laps de temps, et que les uns et les autres seraient préférés tant aux créanciers de l'héritier inscrits avant l'expiration de ce délai, qu'aux autres créanciers héréditaires ou légataires qui n'auraient pas fait inscrire leur privilège en temps utile, ou qui n'auraient requis inscription à leur profit qu'à une époque postérieure (1).

Le projet voté par la Chambre ne contient aucune disposition à ce sujet.

Le projet Darlan supprimait le privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers pour cette raison qu'ils pourront à l'avenir avant le commencement ou au cours des travaux, stipuler une hypothèque. Comme on avait fait remarquer qu'il serait injuste que les créanciers inscrits antérieurement à cette hypothèque puissent profiter d'une plus-value de l'immeuble sur laquelle ils n'ont pas compté en stipulant leur sûreté (2), le Sénat rétablit ce privilège.

Le projet de la Chambre ne contient aucune disposition à ce sujet ; il maintient donc ce privilège.

159. *Hypothèques. Hypothèque de biens à venir.* — L'art. 17 du projet Darlan édictait dans les termes les plus absolus le double privilège de la spécialité et de la publicité de toutes les hypothèques. Il abrogeait l'art. 2130 qui permettait dans certains cas l'hypothèque de biens à venir ; mais en même temps il abrogeait l'art. 2129 en exigeant une inscription pour une somme fixe et sur des immeubles désignés. Mais le Sénat ne fut pas du même avis ; il conserva l'art. 2130 en l'étendant même au cas où le débiteur n'ait pas de biens présents. Il ajouta en outre à cet article un

(1) *Revue critique*, 1897, pp. 370-381. V. dans ce sens le projet de la Commission du Cadastre, n° 124.

(2) De Loynes, *Revue critique*, 1897, p. 366 ; rapport Thézard, p. 265.

second paragraphe qui devait être un premier pas dans la voie de l'assimilation de la déconfiture à la faillite, et qui consistait dans la pensée du Sénat, à étendre au débiteur civil les règles de l'art. 447 du Code de commerce, mais qui en fait n'avait pas une portée différente de l'art. 1167 C. civil (1).

« La nullité de l'hypothèque conventionnelle pourra être demandée par les créanciers dont la créance remonte à une date antérieure à l'acte constitutif d'hypothèque, et elle devra être prononcée lorsqu'elle aura été consentie par un débiteur en état de déconfiture et que le créancier bénéficiaire avait connaissance de cet état ».

Le projet de la Commission de la Chambre cherchait de donner la caractéristique nécessaire de la déconfiture : l'engagement par le débiteur notablement au delà de son actif ; mais le projet voté par la Chambre est absolument muet sur toute cette question.

160. *Hypothèque légale de la femme mariée.* — Le projet Darlan dans son art. 19 ordonnait la spécialisation de l'hypothèque dans le contrat de mariage, et quant aux immeubles grevés et quant à la somme garantie à raison de la dot et des conventions matrimoniales. Il décidait (art. 18 et 20) que l'hypothèque n'aurait d'effet que du jour où elle serait inscrite et que toute inscription qui pourrait devenir nécessaire pendant le mariage serait prise par le mari ou par la femme sans aucune autorisation sur des immeubles et pour des sommes déterminées (art. 30) (2). Cette garantie pouvait être remplacée en tout ou en partie par un cautionnement (art. 21).

L'art. 22 réglementait les subrogations et les renonciations suivant l'art. 9 de la loi de 1855 complété par la loi de 1889. L'art. 23 permettait à la femme, sous tous les régimes et même sous le régime dotal, de consentir antériorité à son hypothèque au cas de construction ou de réparation ayant pour but de conserver ou de réparer les immeubles grevés.

Le Sénat jugea que l'adoption de ces dispositions conduisait à la disparition en fait de la garantie accordée à la femme. Le rapporteur nia même que l'hypothèque légale puisse nuire au crédit du mari et arriva à déclarer qu'elle lui est au contraire d'un puissant secours,

(1) *Revue trimestrielle*, 1909, p. 217.

(2) M. de Loynes montrait le danger constitué par la nécessité du renouvellement décennal, *Revue critique*, 1897, p. 373 ; v. pour l'Italie, n° 212.

en raison de la faculté de la femme de renoncer à son hypothèque ou d'y subroger un tiers (1).

En ce qui concerne le danger attaché à l'ignorance des tiers par le fait de l'insuffisance de publicité du mariage et de son régime, le Sénat observa qu'en pratique à raison des clauses de style des notaires, les tiers ne sont véritablement exposés qu'au seul danger résultant des hypothèques légales qui peuvent exister au chef des précédents propriétaires : il conserva par suite toutes les hypothèques légales et laissa subsister la règle de la clandestinité. Il ne vota qu'une seule modification dans le but de mettre fin à la jurisprudence qui refuse d'appliquer l'art. 2135, 2°, alin. 3, au régime dotal et décide, qu'au cas d'aliénation d'un bien dotal, l'hypothèque de la femme pour garantie de la reprise du prix, remonte au jour du mariage. Il assimila le régime dotal au régime de communauté. Un nouveau paragraphe était ajouté à l'art. 2135 : « Elle n'a hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle a contracté avec son mari, et pour le remploi de ses propres ou de ses immeubles dotaux aliénés, qu'à compter du jour de l'obligation ou de la vente. » En cas de renonciation de la femme à son hypothèque, le contrat de mariage devrait être reproduit au conservateur, afin que celui-ci puisse vérifier si réellement la femme avait le droit de renoncer à sa garantie (art. 14) (2).

En ce qui concerne du reste les règles qui gouvernent les conventions que la femme peut faire vis-à-vis de son hypothèque légale, l'art. 14 du projet voté est la reproduction de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, à peu de chose près.

Le projet voté à la Chambre n'a aucune disposition sur l'hypothèque légale de la femme. Il se borne à reproduire les dispositions de la loi de 1855 relatives aux conventions de la femme vis-à-vis de son hypothèque, à quelques modifications près. Le délai d'un an pour prendre inscription après la dissolution du mariage court, en ce qui concerne la femme divorcée ou séparée de corps ou de biens, du jour de la publication légale du jugement ou de l'arrêt relatif ou de la transcription de divorce sur les registres de l'état civil.

(1) V. thèse de M. Basset, *Du rôle de la femme dans la gestion des intérêts du ménage*, Paris, 1886.

(2) Amendement de M. Guiller, séance du 1^{er} décembre.

Au cas où les femmes cèdent leur hypothèque ou elles y renoncent, elles ne peuvent renoncer à leur droit de préférence avant le paiement du prix. La capacité de la femme sera établie par le notaire rédacteur de l'acte d'aliénation. Sont interdites sous peine de tous dommages-intérêts et d'une amende de deux cents francs (200 fr.) sans décimes contre le notaire contrevenant, les subrogations d'hypothèque légale de la femme conçues en termes généraux, dans le cas où certains immeubles sont sortis du patrimoine du mari en vertu de contrats transcrits portant renonciation valable à l'hypothèque légale.

161. *Hypothèque légale du mineur et de l'interdit.* — Dans le projet Darlan, l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit était soumise à des règles analogues à celles édictées pour l'hypothèque de la femme mariée ; comme celle-ci elle pouvait être remplacée par un cautionnement (art. 26). Le Conseil de famille était appelé à désigner les immeubles sur lesquels devait porter l'hypothèque légale et à fixer la somme pour laquelle l'inscription à moins de dispense ou de sursis (art. 25) serait prise (1). Au cas d'insuffisance, le conseil de famille avait le pouvoir d'étendre cette hypothèque et d'accroître le cautionnement (art. 27). L'art. 24 imposait au tuteur et au subrogé tuteur l'obligation de requérir l'inscription sans en accorder la faculté ni aux parents, ni à un membre du Conseil de famille spécialement délégué à cet effet, ni aux amis du mineur, à l'exemple de la loi belge (art. 53) et contrairement aux règles du Code français (art. 2139) et du Code italien (art. 1984). L'art. 28, inspiré par les articles 60 et 72 de la loi belge du 16 décembre 1851, réglementait la réduction des hypothèques légales pendant la durée du mariage ou de la tutelle (2).

Le Sénat estima que les tiers ne souffrent pas beaucoup de l'hypothèque générale des mineurs. Dès lors, il décida de maintenir les règles du Code en ajoutant seulement à l'art. 2135 une réserve ainsi conçue : « Toutefois, l'hypothèque légale de l'enfant naturel reconnu ne prend rang que du jour de son inscription (3). Le projet de la Commission de la Chambre lui donnait même date qu'à celle de l'enfant légitime, mais il disposait que le tribunal

(1) Art. 49 et s. de la loi belge du 16 déc. et art. 292 du Code italien, v. n° 213.

(2) Le projet n'associait pas à l'accomplissement de l'inscription le greffier, comme le fait le Code italien (art. 1983).

(3) V. n° 76, p. 104, n. 1.

ordonnera sur quels immeubles du tuteur elle devra être inscrite au profit de l'enfant naturel. Le projet voté par la Chambre ne contient aucune disposition à ce sujet. Il se borne à reproduire l'art. 8 de la loi de 1855.

162. *Hypothèque judiciaire.* — L'art. 29 du projet Darlan supprimait l'hypothèque judiciaire comme le proposait le projet de 1850, celui de la Commission du Cadastre et comme l'avait fait la loi belge de 1851. Nous n'avons plus à nous étendre ici sur les motifs qui militent en faveur et contre cette résolution, car nous les avons rencontrés à propos du projet de la Commission du Cadastre (1). Le Sénat estima qu'elle devait être conservée (2) sous certaines modifications. Il édicta en cette matière une disposition que nous avons déjà rencontrée en matière d'hypothèque conventionnelle. « La nullité de l'hypothèque judiciaire pourra être demandée par les créanciers dont le droit sera antérieur au jugement et elle devra être prononcée relativement à eux, lorsque ce jugement aura été obtenu en connaissance de l'état de déconfiture du débiteur ». Tandis qu'actuellement pour attaquer le jugement portant hypothèque par la voie de la tierce opposition, il faut donner la preuve de l'accord entre le débiteur et le tiers, dans le projet du Sénat il suffisait, pour faire tomber l'hypothèque aux créanciers antérieurs, de prouver que celui qui a obtenu le jugement connaissait l'état d'insolvabilité du débiteur.

En outre, le Sénat supprimait l'hypothèque attachée aux actes privés reconnus ou vérifiés en justice (art. 2123). Enfin, si l'hypothèque judiciaire restait générale quant à son étendue, son inscription était soumise au principe de la spécialité. S'il s'agit de biens présents, la détermination des immeubles devait être faite par le créancier dans le bordereau présenté au conservateur ; au cas de biens survenus au débiteur l'hypothèque ne les frapperait que si une nouvelle inscription était prise dans les six mois à partir du jour de l'entrée de ces biens en la possession du débiteur. Le projet voté par la Chambre est muet à ce sujet.

163. *Purge.* — Le projet Darlan laissait de côté toutes les questions relatives à la purge des hypothèques. Le Sénat proposa

(1) V. n° 125.

(2) On répéta tous les arguments que nous avons exposés au n° 125 ; v. discours Girard, 23 octobre, p. 1028, 3° col.

d'apporter quelques modifications à la législation actuelle. Tout d'abord « tout prêteur de deniers sera admis à faire la purge des hypothèques dans les termes établis par les articles 19 et suivants du décret du 28 février 1852 sur les Sociétés de Crédit foncier » (art. 22) (1). Nous n'avons pas à nous répéter sur le caractère spécial de cette purge. En outre, le Sénat édicta des dispositions en vue d'éliminer des inconvénients qui peuvent se présenter au préjudice d'un créancier inscrit à cause de la coexistence de deux sortes d'hypothèques et deux sortes de purges sur le même immeuble. Un créancier inscrit averti des hypothèques occultes et se croyant garanti, peut ne pas surenchérir et se trouver forclos quand la seconde purge des hypothèques légales faite postérieurement lui révélera l'existence d'une hypothèque légale.

Dès lors, l'art. 23 obligeait le tiers détenteur à purger d'abord les hypothèques légales occultes. De plus, une fois passé le délai de deux mois, le créancier inscrit se croyant en pleine sécurité peut laisser passer ses quarante jours sans surenchérir, tandis que le créancier à hypothèque légale qui ne s'est pas inscrit, tout en ayant perdu son droit de suite, aura conservé son droit de préférence (art. 772 C. pr. civ.), de sorte que le créancier ordinaire se verra frustré. Dès lors, le même art. 23 disposait que dans ce cas le droit de préférence sur le prix serait perdu aussi bien que le droit de suite.

Ce même article dispose que les créanciers qui auront fait inscrire les hypothèques légales devront recevoir la notification de l'art. 2183 du Code civil et pourront exercer encore leur droit de surenchère. Le dernier alinéa de l'art. 772 du Code pr. civ. était abrogé.

L'accomplissement de la purge des hypothèques légales devait être publié au moyen d'une mention en marge de la transcription de l'acte constatant la mutation de l'immeuble sur lequel porterait la purge, opérée par le Conservateur à l'aide des pièces présentées au Bureau des hypothèques dans le délai d'un mois.

Le projet de la Commission de la Chambre disposait que la purge des hypothèques légales devrait toujours, à peine de nullité, précéder celle des autres hypothèques ; mais le texte voté par la Chambre est absolument muet à ce sujet.

(1) V. n° 84.

164. *Concours des hypothèques générales et des hypothèques spéciales. Indemnités de sinistres. Hypothèque en garantie d'effets créés en vertu d'une ouverture de crédit. Renouvellement des hypothèques.* — Dans le but d'éliminer les conflits auxquels donne lieu le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, l'art. 21 du projet du Sénat dispose : « Il est ajouté à l'art. 755 du Code de procédure civile une disposition ainsi conçue : Lorsqu'un droit de privilège ou d'hypothèque portera sur plusieurs immeubles frappés en même temps d'inscriptions postérieures en rang, et grevant l'un ou quelques-uns seulement de ces immeubles, le créancier antérieurement inscrit sur plusieurs de ces immeubles, sera colloqué sur leurs prix pour l'intégralité de sa créance, mais avec répartition proportionnelle sur chacun des prix, à moins que dans son acte de production il n'ait requis sa collocation sur des prix déterminés. Dans ce dernier cas ou dans le cas où la distribution des prix ne s'ouvrirait que successivement sur chacun d'eux, les créanciers inscrits spécialement sur les immeubles dont les prix sont absorbés en tout ou en partie par le créancier inscrit sur plusieurs de ces immeubles, et qui ne viendraient par suite pas en ordre utile, seront de droit déclarés subrogés, suivant leur rang, et jusqu'à due concurrence, dans l'effet de l'hypothèque antérieure sur les autres immeubles, de façon que les différents prix puissent être attribués suivant la proportionnalité indiquée ci-dessus. » Le projet voté par la Chambre ne contient aucune disposition à ce sujet.

L'art. 33 du projet Darlan abrogeait les art. 2, 3 et 4 de la loi du 19 février 1889 en les remplaçant par une disposition nouvelle en faveur des créanciers investis d'un privilège immobilier ou d'une hypothèque : il attribuait les indemnités de sinistre en cas d'incendie ou autres fléaux, contre lesquels un immeuble aura été assuré, aux créanciers privilégiés et hypothécaires suivant leur rang. Cet article réserve au débiteur le droit d'appliquer l'indemnité à la réparation de l'immeuble. Il en était de même de toute indemnité qui serait due par des tiers, en raison de la perte ou détérioration de l'immeuble grevé. Tous paiements faits de bonne foi avant opposition seraient, toutefois, valables. Le Sénat accepta cette règle (art. 25) ; mais le texte voté par la Chambre est muet à ce sujet.

L'art. 26 du projet du Sénat disposait : « Le tiers porteur d'effets créés en vertu d'une couverture de crédit, à la sûreté de laquelle a été consentie une hypothèque, peut s'opposer à la radiation de l'inscription profitant aux tiers porteurs jusqu'à concurrence du

solde final du compte, par une notification faite au conservateur des hypothèques. Cette notification doit contenir élection de domicile dans l'arrondissement ; il en sera fait mention par le conservateur en marge de l'inscription et sur l'original de l'exploit.

L'opposition n'aura son effet que pendant deux ans de sa date ; elle pourra être renouvelée. A défaut de cette notification, le Conservateur opère valablement la radiation sur la seule mainlevée du créateur originaire. » Cette disposition n'est pas reproduite dans le texte voté par la Chambre.

Le projet de la Commission de la Chambre assujettissait au renouvellement des hypothèques les Sociétés de Crédit foncier, et, contrairement à la jurisprudence actuelle disposait que les inscriptions hypothécaires resteraient assujetties au renouvellement décennal même après avoir produit leur effet légal (1) ; mais le texte voté par la Chambre ne contient pas cette disposition.

165. *Appendice. La limitation des recherches du conservateur à la période trentenaire dans la loi belge du 10 octobre 1913.* — Il est intéressant d'observer que le législateur belge s'est préoccupé du grave inconvénient résultant de ce que les recherches du conservateur devaient comprendre tous les propriétaires antérieurs en remontant à la mise en vigueur de la loi hypothécaire, c'est-à-dire au 1^{er} janvier 1852. Dans une loi du 10 octobre 1913, il a par conséquent eu pour but de limiter à la période trentenaire les recherches hypothécaires, en établissant le principe qu'une charge ne peut grever un immeuble que si elle figure au nom d'une personne qui, au cours des trente dernières années, a détenu la propriété de cet immeuble (art. 2, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11 et 13) (2).

1^o Les inscriptions hypothécaires pouvaient être renouvelées indéfiniment à charge des propriétaires qui avaient constitué originellement l'hypothèque, sans qu'il fût nécessaire de faire mention du tiers détenteur (3). Suivant l'art. 5 de la nouvelle loi si l'immeuble grevé a changé de mains de quelque manière que ce soit, les inscriptions doivent, avant qu'il soit écoulé trente ans à partir

(1) Cass., 7 avril 1903, *Pand. fr. pér.*, 1904, I, 258 ; D. P. 03.1.325, et note de M. Planiol.

(2) Dandin, *Commentaire de la loi du 10 octobre 1913*, Namur, 1914.

(3) La même solution est adoptée en France : Civ., 6 avril 1892, D. 92.1.283, S. 92.1.489 ; Aubry et Rau, III, § 280, p. 624, note 34 *in fine*.

de la transcription du titre d'acquisition ou de l'ouverture de la succession, être renouvelées à charge du nouveau propriétaire.

2° Au terme de l'art. 15 de la loi du 15 août 1854, la transcription du commandement ne produisait ses effets que pendant trente jours ; d'autre part un autre délai était édicté pour la péremption du commandement ; l'art. 17 prononçait la péremption lorsqu'il s'était écoulé plus de six mois entre la date de ce commandement et celle de la saisie. De plus, suivant la jurisprudence, ce délai ne courait pas lorsque le débiteur avait fait opposition ou intenté une action en nullité du commandement. Dès lors, le conservateur était tenu de mentionner dans les états de charges les transcriptions des commandements et des exploits de saisie immobilière, aussi longtemps que la radiation n'en était pas opérée.

Les art. 10 et 11 de la nouvelle loi disposent que le commandement doit être suivi, dans les six mois, d'un exploit de saisie, faisant disparaître l'anomalie des deux délais, et limitent à trois ans, l'efficacité de la transcription de cet exploit, tandis qu'auparavant l'art. 19 de la loi du 15 août 1854 ne fixait aucune limite à la validité de cette transcription (1).

3° Les inscriptions légales au profit des incapables étaient dispensées de tout renouvellement jusqu'à l'expiration de l'année qui suivait la cessation de la tutelle, de l'administration provisoire ou la dissolution du mariage (art. 90, loi du 16 décembre 1851). L'art. 6 de la nouvelle loi ajoute une nouvelle cause de péremption : le défaut de renouvellement avant l'expiration de la troisième année à compter du jour de leur date.

4° Sous l'empire de la loi du 16 décembre 1851, les demandes en annulation ou en révocation devaient être mentionnées uniquement en marge de la transcription de l'acte attaqué. Cette mention ne devait pas se faire en marge des transcriptions des actes ultérieurs dont l'annulation n'était pas formellement poursuivie. La loi nouvelle, dans le but de limiter à trente ans les recherches hypothécaires, vise à mettre à l'abri le tiers cessionnaire qui pouvait être dépossédé de son droit même au cas où une demande ancienne de plus de trente ans eût triomphé en justice, tout en n'étant inscrite

(1) En France, une loi des 2-4 juin 1881 a disposé que la saisie immobilière transcrite, cesse de plein droit, de produire son effet, si dans les dix ans de la transcription, il n'est pas intervenu une adjudication mentionnée en marge de cette transcription (art. 693, C. pr. c.).

qu'en marge de l'acte originaire. Suivant la loi nouvelle (art. 3 et 4) toute demande tendant à faire prononcer l'annulation ou la révocation de droits résultat d'un acte soumis à la transcription ne sera reçue dans les Tribunaux qu'après avoir été inscrite, non seulement en marge de la transcription du titre dont l'annulation ou la révocation est demandée, mais, le cas échéant, en marge de la transcription du dernier titre transcrit.



CHAPITRE V

Le régime foncier d'Alsace et de Lorraine et le projet de réforme du régime foncier de la Société d'Etudes législatives

166. *Généralités. Plan.* — Nous avons déjà dit que le retour de l'Alsace-Lorraine à la France a rendu tout son intérêt au problème de la réforme foncière et hypothécaire et que l'expérience faite dans ces départements par la Loi d'introduction du Droit civil français, doit, dans l'esprit du législateur, conduire à une refonte du système foncier dans tout le reste de la France. Nous avons de même déjà dit que c'est dans ce but qu'a travaillé la Société d'Etudes législatives en élaborant son projet de réforme du régime foncier.

Il y a lieu, par conséquent, au préalable, de retracer dans ses grandes lignes le système de publicité foncière et hypothécaire qui était en vigueur dans les trois départements recouvrés avant la Loi du 1^{er} juin 1924, pour procéder ensuite à l'exposition des modifications apportées à ce système par ladite Loi d'introduction du Droit civil français, et pour étudier enfin le projet élaboré par la Société d'Etudes législatives. C'est ce que nous allons faire dans les trois sections dans lesquelles nous avons divisé ce chapitre.

SECTION I

Le régime en vigueur sur le territoire d'Alsace-Lorraine avant la Loi du 1^{er} juin 1924

167. *Généralités* (1). — Le régime foncier, institué en Alsace-Lorraine sous la domination allemande et demeuré en vigueur même après le retour à la France (Loi du 17 octobre 1919) jusqu'à la Loi du

(1) BIBLIOGRAPHIE. — Eccard, *Le nouveau régime foncier en Alsace-Lorraine*, Paris, 1893 ; Schisselé, *Rapport sur le droit réel immobilier en Alsace-Lorraine* ; Rousselot, *Les livres fonciers en Alsace-Lorraine et la réforme de la publicité des*

1^{er} juin 1924, était en principe, depuis le 1^{er} janvier 1900, celui du Code civil allemand, que nous avons déjà exposé au chapitre III.

Mais, en réalité, il avait été nécessaire, à l'époque de l'introduction du Code civil allemand, d'instituer un régime transitoire qui était encore en vigueur lors du retour à la France, étant impossible d'appliquer immédiatement le régime allemand à défaut d'existence d'un livre foncier unique permettant l'application dudit système

A cette époque il existait en Alsace-Lorraine trois livres fonciers : seulement certaines communes étaient dotées du livre foncier d'Empire ou livre foncier définitif, établi après réfection du cadastre et suivant une procédure particulière ; quelques communes peu nombreuses, possédaient un livre foncier provisoire, institué par une Loi du 22 juin 1891 ; enfin la très grande majorité des communes, où n'existait que l'ancien cadastre, n'avaient que le livre de propriété, livre foncier qui s'était formé progressivement au fur et à mesure que les mutations des immeubles avaient eu lieu depuis le 1^{er} janvier 1900.

Ces trois livres fonciers identiques quant à leur structure et quant à leur rôle dans la constitution et la transmission des droits soumis à publicité différaient quant à l'application du principe de la force probante ou de la foi publique, qui ne s'attachait qu'au livre foncier définitif.

Il y a lieu de procéder à un examen plus complet de l'historique de l'établissement des livres fonciers en Alsace-Lorraine.

168. *Régime de la Loi du 24 juillet 1889.* — A l'époque de l'annexion à l'Empire allemand en 1871, l'Alsace-Lorraine resta soumise au régime foncier du Code Napoléon et de la Loi du 23 mars 1855, jusqu'à la loi du 24 juillet 1889, précédée par une Loi du 31 mars 1884, qui avait ordonné la révision du cadastre, considérée dans l'esprit du législateur allemand, le préliminaire indispensable de l'introduction du système des livres fonciers.

droits immobiliers en France, thèse, Nancy, 1920 ; F. Roger, *La question du régime foncier en Alsace-Lorraine*, *Rev. pol. et parlam.*, 1921, p. 429 ; R. Morel, *Le régime foncier d'Alsace et de Lorraine*, Paris, 1922 ; Kisch, *Elsass-Lothringisches, Landesprivatrecht* (dans la collection Dernburg), 1905 ; Molitor, *Das Gesetz betreffend die Ausführung des B. G. B. in Elsass-Lothringen*, 2^e ed., 1912.

La Loi de 1889 conservait le système français des registres d'inscription et de transcription, mais dans le but de préparer le terrain à l'établissement des livres fonciers elle y apportait certaines améliorations.

Tout d'abord l'art. 1^{er} décidait que l'aliénation ou le partage d'un immeuble entre vifs n'eût pu s'opérer qu'au moyen d'un acte passé devant notaire d'Alsace-Lorraine, et l'art. 7 déclarait les notaires tenus personnellement de faire transcrire les actes translatifs de propriété qu'ils recevaient. Toute convention verbale ou sous seing privé n'eût engendré pour les parties qu'une obligation de réaliser l'acte en la forme notariée.

Les mutations à cause de mort continuaient à échapper à la publicité.

Deuxièmement, l'art. 9 faisait une stricte application des principes de publicité et de spécialité aux privilèges et aux hypothèques. Le privilège du vendeur et celui du prêteur de deniers (C. civ. art. 203, 1^o et 2^o) devaient toujours être rendus publics dans les 45 jours de la vente, sinon ils dégénéraient en hypothèque (art. 10).

« L'hypothèque légale du pupille est inscrite à la réquisition du Tribunal de baillage compétent pour la tutelle » (art. 11). La somme devait être déterminée par le Conseil de famille, qui avait faculté d'ordonner qu'il fût sursis à l'inscription, et le tuteur pouvait d'ailleurs éviter l'inscription en fournissant garantie par le dépôt de certaines valeurs (art. 12, 13).

L'hypothèque légale de la femme mariée devait être inscrite sur des immeubles déterminés et pour une somme déterminée (art. 17), et dans le délai d'un an à compter de la dissolution du mariage. L'inscription était abandonnée aux soins du mari, de la femme ou de particuliers et risquait de rester, dans biens des cas, lettre morte.

L'hypothèque judiciaire ne pouvait plus résulter que de décisions exécutoires pour créances de sommes d'argent. L'inscription était spéciale, la créance était inscrite indivisément sur chaque immeuble (art. 23).

L'action résolutoire de l'art. 1184 était soumise à la publicité dans le sens qu'elle n'était pas opposable aux tiers qu'à la condition d'avoir été expressément prévue dans l'acte et que si l'acte avait été transcrit (art. 8, al. 2).

169. *Introduction des livres fonciers. Loi du 22 juin 1891.* — Par une Loi du 22 juin 1891 un nouveau système de publicité basé sur le livre foncier était institué à la place du système basé sur les

registres du Conservateur des hypothèques ; mais seulement dans les communes dont le cadastre avait été renouvelé, et qui étaient en petit nombre. Pour le reste du territoire d'Alsace-Lorraine était conservé l'ancien système, qui devait être substitué par celui du livre foncier au fur et à mesure que la révision du cadastre se continuerait.

Le trait caractéristique du livre foncier introduit par cette Loi est qu'il est toujours tenu par feuillets personnels, tandis que le livre foncier prussien est tenu soit par feuillets réels, soit par feuillets personnels (1). Comme le système du feuillet réel eût été impraticable dans un pays de petite propriété comme l'Alsace-Lorraine, cette Loi disposait que dans chaque commune il serait ouvert au nom de chaque propriétaire un feuillet sur lequel seraient inscrits les immeubles appartenant à ce propriétaire, les mutations dont ils seraient l'objet, des droits dont ils seraient grevés.

Cette Loi conservait en outre le principe français du transfert de la propriété par simple consentement (art. 4) et ne faisait pas application du principe de la force probante ou de la foi publique ; mais elle maintenait la règle *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*.

L'importance de la réforme consistait par conséquent en ce qu'à la publicité incommode des registres des conservateurs elle substituait la publicité claire et simple des livres fonciers, que toute personne intéressée pouvait consulter directement (art. 33) et sur les feuilles desquels, ouverts aux noms des propriétaires, se trouvait ramassée la situation de ces propriétaires en un tableau sommaire.

170. *Précisions. Etendue de l'inscription.* — L'inscription s'étendait à la publicité des immeubles sans distinguer ni suivant l'origine de l'acquisition ni suivant la nature de l'acte : actes entre vifs translatifs ou déclaratifs, successions ou legs.

Toutefois la sanction de l'inopposabilité aux tiers, à défaut d'inscription, ne s'appliquait pas aux mutations par décès : l'héritier et le légataire se trouvaient indirectement contraints de requérir leur inscription puisque une inscription ne pouvait être opérée au nom d'un acquéreur que si son auteur immédiat était lui-même inscrit (principe relatif de l'inscription, art. 12), et en conséquence ils

(1) V. n° 103.

devaient être inscrits afin de pouvoir disposer de leur droit de propriété.

Étaient en outre soumis à inscription : les servitudes réelles, le droit de superficie, l'antichrèse, mais seulement lorsque ces droits avaient été constitués ou transmis par acte entre vifs.

Cette Loi visait encore les privilèges (art. 7), les hypothèques (art. 8), le droit du fermier quand la durée du bail excédait douze ans et celui du locataire en cas de bail supérieur à neuf ans, les quittances ou cessions de loyers ou fermages non échus lorsqu'elles comprenaient plus de trois ans, les restrictions au droit de disposer, telles que le jugement déclaratif de faillite ou la libéralité accompagné d'une substitution permise.

En outre, suivant le principe posé par la Loi de 1889, les causes de résolutions fondées sur l'inexécution des obligations résultant du contrat ayant pour objet un transfert de propriété immobilière, devaient être inscrites au livre foncier pour être opposables aux tiers ayant acquis un droit réel sur l'immeuble (art. 5) : échappaient à la publicité les autres causes de résolution telles que la révocation des donations pour survenance d'enfant ou la réduction pour atteinte à la réserve.

Les aliénations sous condition suspensive ne pouvaient être inscrites qu'après l'avènement de la condition, sauf faculté pour l'acquéreur de demander l'inscription au livre foncier d'une annotation (art. 13).

171. *Suite. Tenue des livres fonciers.* — La tenue des livres fonciers était confiée aux Tribunaux de baillage et l'art. 32 posait le principe de la responsabilité du Trésor Public vis-à-vis des personnes lésées en cas d'erreurs commises dans la tenue des livres fonciers. Les juges fonciers devaient extraire la substance des actes pour reporter aux registres les mentions essentielles. Ils devaient procéder à l'inscription sur requête des ayants droit, accompagnée des pièces justificatives dûment établies (art. 27, 28). Les notaires étaient tenus de requérir l'inscription (art. 17) conformément à la Loi de 1889 et tout propriétaire se trouvait indirectement emmené à se faire inscrire afin de pouvoir disposer de ses immeubles en vertu du principe relatif de l'inscription (art. 12, 14, 15, 17, 19).

Le juge foncier n'avait pas à se préoccuper de la capacité des parties, ni des vices du consentement, mais il devait vérifier si le

droit était susceptible d'inscription, si l'acte notarié avait été dressé, si le requérant avait qualité, si le disposant était lui-même inscrit.

La Loi assurait en outre la concordance du livre foncier et du cadastre (art. 41) au moyen d'un certain nombre de mesures.

172. *Etablissement du livre foncier.* — Dès son entrée en vigueur le livre foncier était intégralement constitué en ce qui concerne la propriété ; mais en ce qui concerne les droits dont ces immeubles étaient grevés, le livre foncier ne devait en présenter un tableau complet qu'après un certain délai. Toutes mutations, constitutions, extinctions de droits réels devaient être inscrites au livre foncier dès son établissement, mais pour les charges nées antérieurement la Loi concédait un délai de dix ans. Toute une procédure était tracée pour l'établissement des livres fonciers.

173. *Etablissement du régime antérieur à la Loi du 1^{er} juin 1924. Création du livre de propriété.* — Nous sommes désormais à même de nous rendre compte que, quoique destiné à s'appliquer à tout l'Empire, le régime du Code civil allemand, basé sur le régime de la foi publique, ne pouvait être mis en vigueur en Alsace-Lorraine dès le 1^{er} janvier 1900. Nous avons vu (1) que ce système repose sur l'institution du livre foncier. Or la plus grande partie du territoire d'Alsace-Lorraine était resté soumis au système français des registres d'inscription et de transcription, amélioré par la Loi du 24 juillet 1889. Dans certaines communes, où le cadastre avait été renouvelé, avait été institué un livre foncier de 1891, mais celui-ci n'était pas encore suffisamment complet pour qu'on pût l'assimiler au livre foncier d'Empire et lui conférer la force probante qui le caractérise. D'ailleurs le livre foncier d'Empire était lié à la réfection du cadastre et on calculait que presque un demi-siècle eût dû s'écouler avant son établissement dans toutes les communes.

C'est ainsi que, suivant l'art. 218 de la Loi d'introduction, le législateur d'Alsace-Lorraine institua un régime transitoire autant que possible uniforme à celui du Code civil (Loi locale du 17 avril 1899 sur l'introduction du Code civil allemand en Alsace-Lorraine).

Il fallait tout d'abord doter toutes les communes qui n'avaient pas de livre foncier, d'un nouveau livre destiné provisoirement à suppléer ce dernier et ce fût le livre de propriété (*Eigentumsbuch*), qui

(1) V. n° 103.

n'était pas lié à la réfection du cadastre et n'était pas précédé d'une enquête préliminaire. Loin de présenter l'inventaire des immeubles existant dans la circonscription au 1^{er} janvier 1900 il ne comprenait que des feuillets blancs destinés à être remplis au fur et à mesure que l'on y eût inscrit soit les droits nouvellement créés, soit les droits constitués avant 1900.

À côté des livres fonciers d'Empire, ou livres fonciers définitifs (Reichsgrundbuch), il y eut donc les livres fonciers provisoires (vorläufiges Grundbuch), c'est-à-dire ceux créés par la Loi de 1891 et non encore achevés, et, enfin les livres de propriété.

Les livres fonciers provisoires et les livres de propriété étaient appelés à disparaître au fur et à mesure de l'établissement des livres fonciers définitifs dans chaque commune.

C'est ainsi qu'on put appliquer dès le 1^{er} janvier 1900 à tout le territoire d'Alsace-Lorraine, le principe que l'acquisition et l'extinction des droits réels immobiliers sont subordonnées à l'inscription au livre foncier. Mais, d'autre part, on dû renoncer à attribuer aux livres fonciers provisoires et aux livres de propriété le principe de la force probante ou de la foi publique, caractéristique du système allemand du Code civil de 1900, en réservant ce principe aux seuls livres fonciers définitifs.

De plus, l'usucapion conserva un rôle qu'elle n'a plus dans le Code civil allemand.

De sorte qu'avant la Loi d'introduction du 1^{er} juin 1924, dans les communes dotées du livre foncier d'Empire ou livre foncier définitif, le droit foncier du Code civil allemand s'appliquait intégralement, tandis que dans les autres communes était appliqué le régime transitoire que nous allons étudier de près.

174. *Précisions sur le régime transitoire.* — Tous les livres fonciers Alsaciens-Lorrains, y compris le livre foncier définitif, étaient tenus par feuillets personnels dont nous avons déjà indiqué le fonctionnement (1). Nous devons nous borner ici à indiquer la différence entre le système transitoire d'Alsace-Lorraine avec le système germanique que nous avons déjà exposé (2).

Si tous les livres fonciers Alsaciens-Lorrains emportaient la présomption générale d'exactitude de l'art. 891 (3), par contre, le prin-

(1) V. n° 103.

(2) V. n° 103.

(3) V. n° 107.

cipe de la foi publique était attaché au seul livre foncier définitif et il ne s'appliquait ni au livre de propriété ni au livre foncier (1).

Toutefois la Loi d'exécution attribuait à ces livres la force probante dans certains cas : au cas où un droit ou une restriction du droit de disposer a été radié par erreur du juge foncier (art. 93) ; en ce qui concerne les restrictions au droit de disposer, qui ne sont pas opposables aux tiers que si elles sont inscrites au livre de propriété (art. 98) ; enfin en cas d'inscription d'actes simulés (art. 92). On a noté que dans ces deux cas les tiers étaient protégés par ce principe, même au delà des limites du principe de la foi publique, car ce principe ne protège que les tiers de bonne foi, tandis que, l'art. 92 ne faisant aucune distinction, se trouvait protéger même l'acquéreur de mauvaise foi (2).

Toutes les règles relatives aux effets de l'inscription au point de vue de l'acquisition et de l'extinction des droits réels immobiliers par la prescription étaient applicables sans exceptions en Alsace-Lorraine (3). Mais à côté de l'usurpation de l'art. 900 la Loi d'exécution du Code civil avait introduit une usucapion plus courte spéciale au livre de propriété et au livre foncier provisoire ayant pour objet de consolider les énonciations des registres. Là où n'existait que ces livres, l'acquéreur de bonne foi qui avait acquis *a non domino* n'étant pas protégé par le principe de la foi publique contre la revendication du véritable propriétaire, les art. 94 à 96 de la loi d'exécution établissaient une usucapion plus courte d'un délai unique de dix ans, qui jouait le même rôle que l'usucapion de dix à vingt ans du Code Napoléon. Pour l'invoquer il fallait avoir acquis en vertu d'une dessaisine (au cas de propriété ou de droit de superficie) ou d'un consentement à inscription (au cas d'usufruit ou de servitude personnelle restreinte) et il fallait être en bonne foi à l'époque de la dessaisine (4).

En ce qui concerne le régime hypothécaire l'entrée en vigueur du Code civil allemand eut pour conséquence l'abrogation du régime français, mais il ne parut pas possible d'appliquer immé-

(1) Loi d'exécution, art. 87.

(2) Morel, *op. cit.*, p. 102.

(3) V. n° 109.

(4) Cette usucapion spéciale n'était pas applicable aux servitudes foncières à l'instar de ce qui se passe pour la prescription de dix à vingt ans qui n'est pas applicable aux servitudes réelles.

diatement en son intégralité le système hypothécaire institué par la nouvelle législation (1).

Tandis que dans les circonscriptions dotées du livre foncier définitif le système du Code allemand s'appliquait sans restrictions, dans les communes dotées du livre de propriété ou du livre provisoire, fonctionnait le même régime allégé de l'hypothèque négociable et de la dette foncière. Dans les premières circonscriptions les parties avaient le choix entre les différentes formes d'hypothèques du Code allemand, dans les autres communes elles ne pouvaient constituer que l'hypothèque de garantie.

Il y a lieu cependant de remarquer que même dans les pays dotés du livre foncier d'Empire l'hypothèque de garantie était pratiquement la seule usitée (2). En ce qui concerne la procédure de l'exécution forcée sur les immeubles, une loi d'exécution du 13 novembre 1899 avait introduit la loi du 24 mars 1897 (3) à la place d'une loi du 30 avril 1880 qui avait été édictée à l'époque où le droit français était encore applicable en Alsace-Lorraine. Toutefois à la compétence du Tribunal de baillage la loi d'introduction substituait celle des notaires, sauf en matière d'administration forcée ; de plus les art. 34 et 44 instituaient une procédure spéciale (procédure de radiation) analogue à la purge du droit français au profit de celui qui a acquis un immeuble par voie d'achat, à l'égard seulement des immeubles inscrits au livre de propriété ou au livre foncier provisoire. Pour supprimer toute antinomie entre les principes qui régissent cette procédure analogue à la purge et ceux de la vente forcée (4) la loi décidait que les seules hypothèques éteintes à la suite de cette procédure étaient celles dépassant le prix d'achat.

SECTION II

Le régime foncier d'Alsace-Lorraine introduit par la Loi du 1^{er} juin 1924

175. *Idée générale. Unification des livres fonciers* (5). — La Commission chargée de préparer le projet d'introduction de

(1) V. n° 111.

(2) Morel, *op. cit.*, p. 172.

(3) V. n° 111.

(4) V. n° 111.

(5) H. Degaud, *Le régime foncier et hypothécaire dans la loi d'introduction, dans Introduction du droit civil français en Alsace-Lorraine*, 1925, pp. 100 et s.

la législation française dans les départements recouverts (1) constatant la supériorité théorique du système foncier d'Alsace-Lorraine sur le système français, jugea utile de le conserver dans la mesure où il était susceptible de s'adapter à l'ensemble du droit civil français et avec la pensée qu'il pourrait servir de base dans un avenir prochain à la réforme de la législation française (2). Sauf quelques amendements proposés par le Conseil consultatif d'Alsace-Lorraine, les dispositions élaborées par cette commission ont passé entièrement dans le projet gouvernemental devenu la loi du 1^{er} juin 1924 (3).

Cette loi fait une distinction entre les droits réels pris en eux-mêmes et la publicité de leurs modes d'acquisition. Tandis que l'art. 36 décide que « les seuls droits réels immobiliers sont ceux que prévoit la loi française », en ce qui concerne la publicité la loi maintient les livres fonciers tout en modifiant leur rôle dans le transfert et la constitution des droits réels. L'art. 37 dispose : « les trois livres fonciers (livre définitif, livre foncier provisoire et livre de propriété) sont maintenus comme registres de publicité (4). Toute différence entre ces trois livres est supprimée ; ils portent la même désignation de « livres fonciers » et sont tenus au Tribunal cantonal de la situation des biens, selon les règles qui seront fixées par décret » (5).

Cette réforme se trouva facilitée, ayant été écarté complètement le principe de la foi publique, qui était attaché, ainsi que nous le savons, au seul livre foncier définitif.

Chaque commune a son livre foncier. Toutefois si l'administration du cadastre a établi pour certaines parties d'une même commune des états de sections distinctes, chacune de ces parties forme une circonscription foncière (6).

(1) Cette Commission, présidée par M. Siben, premier président du Tribunal supérieur de Colmar, était composée de MM. Capitant, Gaudemet, Schisselé, Julliot et de la Morandière et Dereux.

(2) Exposé des motifs de la loi du 1^{er} juin 1924, Chambre des Députés, 1922, n° 4038.

(3) Les règles particulières de la loi d'introduction sont relatives à l'organisation de la protection des incapables, au registre matrimonial, aux droits réels immobiliers et au certificat d'héritier. A la loi du 1^{er} juin 1924 (art. 36 à 47) il faut ajouter le décret du 18 novembre 1924, *Officiel*, 20 nov., D. 1924.4.355.

(4) Pour une période de dix ans, art. 14.

(5) D. 18 nov. 1924. V. en annexe la reproduction d'un feuillet du *Livre foncier*.

(6) D. 18 nov. 1924, art. 1^{er} à 3.

Les livres fonciers de l'arrondissement judiciaire d'un tribunal cantonal sont réunis à l'Office du livre foncier du tribunal cantonal.

Un ou plusieurs juges sont préposés à l'office du livre foncier. Les inscriptions sont faites par un ou plusieurs greffiers. Chaque propriétaire a sa feuille destinée à l'inscription de tous les immeubles lui appartenant dans la même circonscription foncière. Un immeuble peut être réuni à un autre s'il n'en résulte pas de confusion (1) ; lorsqu'une portion d'un immeuble doit être grevée d'un droit réel, elle est en principe distraite de la totalité de l'immeuble et inscrite comme immeuble distinct (art. 19).

En principe, tous les immeubles doivent être inscrits à l'exception de ceux faisant partie du domaine public (art. 5). Chaque feuillet comporte un titre qui indique le propriétaire et trois sections.

La première, qui est intitulée « propriété », énumère tous les immeubles de ce propriétaire situés dans la commune, en reproduisant strictement la désignation du cadastre (art. 76) ;

La seconde section, intitulée « charges et restrictions au droit de disposer », est réservée aux servitudes, aux restrictions au droit de disposer et aux autres droits à l'exception des hypothèques (art. 77).

La troisième section est réservée aux hypothèques, à leur radiation et aux modifications de leur rang.

Un changement dans la désignation du propriétaire ne peut être opérée au cadastre que si le nouveau propriétaire est inscrit au livre foncier (art. 58). Les fonctionnaires du cadastre doivent adresser au bureau foncier un extrait de toutes les modifications survenues au cadastre.

Deux registres accessoires sont destinés à faciliter les recherches : un répertoire alphabétique et un registre parcellaire (art. 79).

Le livre foncier et ses annexes peuvent être consultés par toute personne qui fera valoir un intérêt légitime et pourra obtenir la copie des inscriptions et des annexes. Les notaires, les avocats ou avoués, et les fonctionnaires d'Etats sont dispensés de toute justification (art. 50).

176. *Rôle du livre foncier. Les principes directeurs.* — Si les livres fonciers sont conservés, leur rôle dans le transfert et la constitution des droits se trouve modifié.

(1) D. 18 nov. 1924, art. 18.

L'exposé des motifs, après avoir rappelé que le système Alsacien-Lorrain pouvait se résumer dans les cinq principes que nous avons exposé aux n^{os} 103 et suiv. déclare que le projet n'a pas cru devoir maintenir intégralement les règles locales sur ce point.

Des cinq principes du droit local, la Loi a écarté le principe absolu de l'inscription et celui de la force probante de l'inscription ; elle a maintenu tous les autres, c'est-à-dire la publicité par livres fonciers, le principe relatif de l'inscription et le principe de l'égalité.

Quant au premier, la Loi conserve en effet, au moins en principe, la règle traditionnelle de l'art. 1138 du transfert de la propriété entre parties par simple consentement, de sorte que la distinction admise par le droit local entre l'acte obligatoire et l'acte réel de transfert est entièrement rejetée et avec elle le principe absolu de l'inscription (art. 36, al. 3), de sorte, encore, que l'inscription sur le livre foncier ne constitue plus qu'une mesure de publicité.

Quant à la force probante, l'exposé des motifs déclare qu'elle « fait trop bon marché des propriétaires non inscrits et elle ne semble que difficilement compatible avec certaines dispositions du droit français, comme celles relatives au rapport en nature entre cohéritiers (art. 865 et suiv. du Code civil), à la réduction des donations et legs excédant la quotité disponible ».

Conformément au droit français, « jusqu'à l'inscription, les droits visés à l'art. 38 ne pourront être opposés aux tiers qui auront acquis des droits sur l'immeuble et qui les auront conservés en se conformant aux lois » (art. 40) ; et le texte maintient expressément la distinction faite par le droit français entre les tiers suivant qu'il s'agit de donation ou d'actes à titre onéreux.

Mais ce principe mis à part, la Loi présente des différences importantes avec le droit français qui peuvent être ainsi résumées :

1° La Loi prend des mesures pour assurer autant que possible l'inscription des droits transmis ou constitués (principe relatif de l'inscription) ;

2° L'inscription est assujettie au contrôle préalable des fonctionnaires préposés aux livres fonciers (principes de légalité) ;

3° La publicité est généralisée (principe de publicité).

177. I. *Principe relatif de l'inscription.* — Pour contraindre les intéressés à faire inscrire les mutations nous savons que le droit local connaissait le principe absolu de l'inscription, très efficace

quant aux mutations résultant d'actes volontaires ; en outre, lorsqu'il s'agissait de transfert de propriété et de constitution d'hypothèque, l'intervention du notaire étant nécessaire, on avait une garantie de l'observation de l'inscription. Enfin, le principe relatif de l'inscription rendait nécessaire la formalité à l'égard des mutations qui s'opèrent indépendamment de toute inscription (acquisition par succession ou par adjudication forcée).

La Loi conserve le seul principe relatif de l'inscription (art. 44) et elle impose (art. 43) à tout notaire, greffier ou autorité administrative de requérir eux-mêmes l'inscription des droits résultant des actes par eux délivrés. Mais pour ce qui est de l'acte notarié, l'art. 42 en principe en impose la nécessité dans les cas les plus importants « Tout acte entre vifs, translatif ou déclaratif de propriété immobilière, et tout acte entre vifs portant constitution ou transmission d'une servitude foncière ne peuvent faire l'objet d'une inscription que s'ils ont été dressés par-devant notaires » ; de sorte que de ce point de vue, la Loi exige l'intervention d'un notaire pour des actes qui, dans le droit local n'y étaient pas soumis (constitution d'un usufruit ou d'une servitude) ; mais l'acte souscrit sous une autre forme n'est pas dépourvu d'efficacité, puisqu'il transmet ou constitue le droit entre les parties (art. 1138), mais cette efficacité est précaire, car l'acte perd toute valeur, même dans les rapports des parties, s'il n'est suivi, dans les six mois, de la passation d'un acte authentique, ou à défaut si les signatures des parties ne sont authentiquement légalisées (art. 26) par un notaire, qui ne pourra donner la légalisation que si la signature a été donnée ou reconnue en sa présence (art. 89) ou, en cas de refus de l'une des parties, d'une demande en justice. Pratiquement, les parties auront intérêt à s'adresser toujours à un notaire, qui sera tenu de faire inscrire sans délai les droits résultant d'actes dressés devant eux. L'art. 42 assimile aux actes notariés les actes émanant des Tribunaux et des autorités administratives.

L'art. 44 maintient le principe relatif de l'inscription. De quelque manière qu'on ait acquis un immeuble, on ne pourra en disposer ni le grever de droits réels, sans être inscrits comme propriétaires. « Le titulaire d'un des droits énoncés à l'art. 38 (1) ne peut être inscrit avant que le droit de son auteur immédiat n'ait été lui-même inscrit. Le titulaire d'un droit autre que la propriété ne peut être

(1) V. n° 179.

inscrit qu'après l'inscription du propriétaire » (art. 44). Par cette règle particulièrement efficace à l'égard des mutations à cause de mort, la Loi assure la continuité dans la filière des inscriptions. Il intéresse d'observer que cette règle souffre toutefois deux exceptions importantes : 1° lorsqu'il s'agit du transfert ou de l'extinction d'un droit inscrit au nom d'un titulaire défunt, le juge foncier peut inscrire la mutation ou l'extinction sur le simple consentement de l'héritier, sans que celui-ci ait besoin d'être inscrit lui-même (art. 44, al. 2). Les mutations à cause de mort sont formellement soumises à la publicité, mais on a voulu éviter ainsi une formalité inutile, puisque l'inscription de l'héritier aurait été immédiatement remplacée par une inscription au nom du nouvel acquéreur ou radié purement et simplement. Il y a lieu de rappeler qu'une solution différente était proposée par la Commission du cadastre. Dans ce système il était seulement loisible aux cohéritiers de ne pas requérir inscription de leurs droits indivis et d'attendre l'événement du partage. Si le cohéritier avait voulu conférer à des tiers, pendant l'indivision, des droits assujettis eux-mêmes à l'inscription, il eût été obligé de requérir l'inscription (art. 25 du projet).

D'autre part, suivant l'art. 44 que nous examinons, lorsqu'un immeuble n'est pas encore porté au livre foncier, l'inscription de la propriété se fait sans inscription préalable de l'auteur du titulaire actuel : celui-ci doit prouver, par un moyen quelconque, une possession commencée avant le 1^{er} janvier 1900, non interrompue et à titre de propriétaire, en joignant le cas échéant, à sa possession celle de son auteur (art. 44, al. 3).

Pour requérir l'inscription d'un droit en vertu d'une mutation par décès, l'art. 42 du décret du 18 novembre 1924, exige la production du certificat d'héritier, que l'héritier doit se faire délivrer du juge cantonal du lieu de l'ouverture de la succession (art. 75, l. 1924) (1). Ce certificat est délivré dans les conditions prévues par les articles 2353 du Code civil allemand et fait présumer la vocation héréditaire (art. 2365) ; cette présomption n'est cependant pas absolue mais il appartient à celui qui veut la renverser de prouver les faits qui établissent l'inexactitude du certificat. A raison des effets attachés au certificat, une procédure est prévue au cas d'inexactitude pour obtenir du possesseur sa restitution au Tribunal de la suc-

(1) M. Lévy, *Le certificat d'héritier*, thèse, Paris, 1911 ; *Répertoire pratique de droit et de jur. d'Alsace-Lorraine*, v° *Successions*, n°s 1 et s., par A. Blas, t. II, pp. 618 et s. ; Planiol et Ripert, t. IV (Maury et Vialleton), n°s 347 et s.

cession (art. 2361 et 2362). Les articles 2366 et 2367 du Code civil local (allemand) protègent tous les tiers qui ont traité avec l'héritier, pourvu qu'un certificat lui ait été antérieurement délivré et que la mauvaise foi du tiers ne soit pas établie conformément à l'art. 2366, *in fine*. Il n'est pas nécessaire que le tiers ait eu connaissance de l'existence du certificat, il suffit que celui-ci existe. L'héritier véritable obtiendra l'annulation de l'acte s'il démontre que le tiers connaissait l'inexactitude du certificat et qu'il savait que le Tribunal en avait exigé la restitution ou avait prononcé une sentence d'infirmerie.

Cependant, l'acquéreur de la totalité ou d'une fraction de l'hérédité ne peut se prévaloir du certificat. Les acquisitions légales ne sont pas protégées, mais seulement celles qui découlent d'un acte juridique conclu par le tiers compris dans une énumération limitative donnée par les articles 2366 et 2367 : acquisitions d'objets de la succession ou droits sur de tels objets, libération de droits appartenant à la succession, prestations, paiements faits au titulaire du certificat, disposition relative à un droit héréditaire faite par l'héritier apparent et procurant au tiers un avantage. Il n'importe pas que l'acte soit à titre onéreux ou à titre gratuit.

178. II. *Principe de légalité.* — La loi conserve en second lieu le principe de légalité. « Le préposé aux livres fonciers, dispose l'art. 46, vérifie si le droit dont il s'agit est susceptible d'être inscrit, si l'acte répond à la forme prescrite, si l'auteur du droit est lui-même inscrit conformément aux dispositions de l'art. 44, et enfin si les parties sont capables et dûment représentées. Il statue dans les conditions de la juridiction gracieuse du droit local ».

Une inscription ne peut être prise que sur requête. S'il y a un obstacle à l'inscription le juge foncier peut impartir au requérant un délai, au quel cas si une autre inscription est requise concernant le même droit, il est inscrit d'office au profit du premier requérant une prénotation (1), qui est d'ailleurs radiée d'office si la requête vient à être rejetée (art. 13).

Le Juge statue dans les conditions de la juridiction gracieuse du droit local. Sa décision est susceptible d'un recours, qui est le pourvoi (art. 52) ; mais le pourvoi n'est pas admis contre une inscription ; celle-ci ne peut être attaquée que par la voie de la rectification. Sur le pourvoi statue le Tribunal de première instance

(1) V. n° 181.

(art. 52) qui peut ordonner provisoirement l'inscription d'une prénotation, qui sera radiée d'office si le pourvoi est retiré ou rejeté (art. 54). Un recours est ouvert devant la Cour d'Appel mais seulement pour violation de la loi (art. 55).

L'Etat est responsable des fautes commises par le préposé au livre foncier, sauf son recours contre ce dernier (art. 46, al. 2). L'action en responsabilité doit être portée devant les Tribunaux civils dans le délai d'un an à partir de la découverte du dommage à peine de forclusion et se prescrit par 30 ans. Toute inscription doit être notifiée à toutes les personnes que le livre foncier révèle comme devant bénéficier ou souffrir de l'inscription (art. 49).

Contre une erreur du livre foncier la rectification peut être demandée par l'intéressé ou faite d'office par le bureau foncier (art. 35, al. 3, 4, 5). Cette rectification ne peut préjudicier aux tiers qui, dans l'intervalle auraient acquis un droit sur l'immeuble et l'auraient conservé, soit par une inscription, soit par une prénotation (art. 35, al. 1^{er} et 2). Mais la partie lésée peut exercer le recours en responsabilité contre l'Etat.

179. III. *Principe de publicité.* — La loi en troisième lieu, assure d'une façon complète la publicité des droits réels immobiliers ; elle étend cette publicité à certains droits personnels, aux restrictions au droit de disposer et aux causes de résolution.

L'art. 38 de la loi du 1^{er} juin 1924 soumet d'abord à l'inscription la propriété immobilière et tous les droits réels susceptibles de la grever :

« a) La propriété immobilière, quel que soit son mode d'acquisition, notamment aussi en cas d'attribution par voie de partage ;

« b) La superficie, l'emphytéose, l'usufruit établi par la volonté de l'homme, l'usage, l'habitation, les servitudes foncières établies par le fait de l'homme, l'antichrèse et les prestations foncières (1) ;

« c) Les privilèges et hypothèques. »

Tous les actes constitutifs, translatifs, ou déclaratifs de droits réels immobiliers, sont compris dans cette disposition. L'acquisition de la propriété est soumise à la publicité dans tous les cas,

(1) Les redevances foncières constituent un droit nouveau assujetti à la publicité ; elles consistent en prestations périodiques à percevoir par des personnes déterminées et dont la durée est limitée à la vie de leurs bénéficiaires.

qu'elle ait lieu à la suite d'une adjudication forcée, d'un jugement d'expropriation, de l'adoption d'un régime de communauté, de l'envoi en possession définitif des biens d'une association dissoute, d'une succession à cause de mort ou d'un partage. Pour les droits réels autres que la propriété, la publicité est requise même si leur constitution ou leur transfert a lieu par voie de partage (quoique l'art. 38 ne l'ait spécifié que pour la propriété). Echappent à la publicité, l'usufruit et les servitudes établies par la loi.

Le même article exige encore l'inscription de certains droits personnels :

« d) Le droit du locataire et du fermier en cas de bail d'une durée de plus de douze années ;

« e) Le paiement anticipé ou la cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus. »

De même, l'art. 38 soumet à inscription :

« f) Les restrictions au droit de disposer, insérées dans un acte d'aliénation ou découlant de tous autres actes tels que promesse de vente, legs ou donations sous conditions ou avec charge de restitution (art. 1048, 1049 du Code civil), droit de retour conventionnel (art. 951, 952 du Code civil), droit de réméré, ainsi que celles résultant de la saisie immobilière, de la déclaration de faillite ou de toutes décisions judiciaires. »

Tant qu'elles ne seront pas inscrites ces restrictions seront inopposables aux tiers. Cette disposition est applicable aux clauses d'inaliénabilité insérées dans un acte entre vifs ou un testament, à la restriction du droit de disposer résultant d'une substitution permise, à l'inaliénabilité des immeubles dotaux, à la restriction au droit d'aliéner découlant d'une clause d'emploi ou de remploi opposable aux tiers (1), à la restriction du droit de disposer à titre gratuit grevant l'auteur d'une donation de biens à venir, etc...

Enfin, le même texte décide que sont inscrites au livre foncier les causes de résolutions suivantes :

« g) Tout droit à la résolution d'un contrat synallagmatique ;

« h) Le droit à la révocation d'une donation ;

« i) Le droit au rapport en nature d'une donation » (art. 859, 865 du Code civil) (2).

(1) V. cependant n° 180.

(2) L'art. 39 du projet visait « l'action résolutoire pour inexécution d'une obligation d'un contrat synallagmatique (art. 1184, C. civ.) et l'action en révocation

Le texte laisse en dehors de son énumération : le droit à la réduction d'une donation d'immeuble excédant la quotité disponible ; le droit à la résolution résultant de l'exercice du retrait d'indivision (1), le droit à la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude. Ces causes de résolutions demeurent opposables aux tiers indépendamment de toute publicité. L'exposé des motifs observe que « dans tous ces cas qui sont d'ailleurs beaucoup plus rares dans la pratique que les cas de résolution pour cause d'inexécution d'une obligation conventionnelle, il s'agit de l'application de pures règles légales, qui théoriquement doivent être connues des tiers, avec le jeu desquelles ceux-ci doivent toujours compter ».

La demande judiciaire de ces révocations doit faire l'objet d'une mention sur le livre foncier (D. 18 nov. 1924, art. 25).

180. *Publicité du régime matrimonial. Le registre matrimonial.*

— Parmi les restrictions conventionnelles au droit de disposer qui doivent être inscrites au livre foncier pour qu'elles soient opposables aux tiers suivant l'art. 38 de la loi du 1^{er} juin 1924, on est tenté de comprendre l'inaliénabilité des immeubles dotaux situés en Alsace-Lorraine, et les clauses d'emploi et de remploi opposables aux tiers, ainsi que nous l'avons fait au n° 179 (2). Mais on l'a contesté. Tout d'abord l'article 38, f ne viserait que les restrictions résultant d'actes translatifs de droit tandis que la femme conserve la propriété de ses immeubles dotaux, ce qui ne nous semble pas exact, car l'article 38, f vise les restrictions découlant de tous autres actes. Mais il y a une autre raison qui ne manque pas d'importance. Tout ce qui concerne la publicité des régimes matrimoniaux est soumis à un statut spécial de publicité. Le législateur français, tout en considérant que le principe français de l'immutabilité du régime matrimonial rend

d'une donation pour cause d'inexécution des conditions (art. 953, C. civ.). L'art. 39 fut compris dans le texte de l'art. 38 et substitué par une formule plus générale. L'art. 39 du projet comprenait dans les causes de résolution le droit de retour (art. 951 et 952 C. civ.) et le droit de réméré (art. 1658 C. civ.) que l'art. 38 de la loi a rangé parmi les restrictions au droit de disposer. L'art. 39 ne comprenait pas le rapport en nature.

(1) Le texte du projet adopté par la Société d'études législatives soumet à la publicité aussi le retrait d'indivision. V. n° 197.

(2) Dans ce sens, Morel, *Le régime foncier d'Alsace-Lorraine*, Paris, 1922, p. 143, interprète l'art. 38 du projet.

(3) Planiol et Ripert, IX (Nast), n° 1122.

en France la création d'un registre matrimonial moins indispensable qu'en Allemagne (1), observa que le mode local de publicité était plus en harmonie avec les tendances modernes et constituait indiscutablement une simplification et un progrès et décida de maintenir dans les départements recouverts le registre matrimonial établi par les art. 1558, 1563 C. civ. allemand (art. 29 à 35 de la loi).

L'art. 29 dispose que, concurremment avec les règles du droit français relatives à la publicité du contrat de mariage, les lois et règlements locaux sur le registre matrimonial sont applicables aux époux domiciliés dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle.

Le registre matrimonial est tenu par le Tribunal Cantonal et c'est au Tribunal du domicile du mari que les inscriptions doivent être faites (art. 1558 C. civ. local et art. 33, loi 1924). Toutefois, si la femme exerce une profession ou un commerce distinct de celui du mari, l'inscription doit être faite également au lieu où elle exerce sa profession ou son commerce (art. 33, al. 2). Si le mari transporte son domicile dans le ressort d'un autre tribunal cantonal, l'inscription doit se faire dans le ressort nouveau (art. 33, al. 3).

L'inscription ne doit pas comprendre toutes les clauses du contrat de mariage, mais seulement un extrait du contrat indiquant sous quel régime les époux sont mariés et les clauses d'emploi et de remploi opposables aux tiers (art. 30, 1^o). Elle est faite à la requête des deux époux (art. 32). La sanction est que les époux qui n'ont pas fait inscrire un extrait de leur contrat, sont, à l'égard des tiers de bonne foi, réputés mariés sous la communauté légale, et cette sanction s'applique même si l'acte de mariage, conformément aux principes de l'art. 76 Code civ. fr. mentionne l'existence d'un contrat de mariage. Mais l'art. 34 ne s'applique que tant que les époux restent domiciliés dans les départements désannexés.

Le registre matrimonial donne publicité aussi à des faits postérieurs au mariage et qui peuvent se produire même en l'absence de contrat, qui sont de nature à influencer sur l'incapacité créée par le mariage et ils intéressent par là les tiers.

(1) V. n^o 110 ; Exposé des motifs du projet de loi d'introduction du droit français en Alsace-Lorraine, Chambre des Députés, 1922, n^o 4038, p. 23.

C'est ainsi que doivent être inscrites au registre matrimonial les demandes en séparation de biens (art. 30, al. 2). Nous avons dit que le jugement remonte, même à l'égard des tiers, au jour de la demande (art. 1445) ; mais celle-ci ne sera pas opposable au tiers de bonne foi à défaut d'inscription (art. 34).

Les jugements de séparation de biens et les jugements de séparation de corps sont de même assujettis à l'inscription, sous la dite sanction. Nous avons signalé l'insuffisance de publicité de la séparation de biens accessoire à la séparation de corps et nous avons rappelé que ces jugements ne sont pas assujettis à la transcription sur les registres de l'état civil à la différence de ce qui est exigé pour les jugements de divorce. La loi d'Alsace-Lorraine a obvié aux inconvénients dénoncés.

Il y a lieu de remarquer que l'art. 30 cité n'exige pas pour les époux domiciliés en Alsace-Lorraine que le divorce soit mentionné au registre matrimonial. Le législateur a donc estimé que la publicité résultant de la transcription aux registres de l'état civil, accompagnée de la mention sur l'acte de mariage, soit suffisante pour prévenir les tiers.

Quoiqu'on ait approuvé cette solution (1), il nous semble qu'on aurait mieux fait d'ordonner l'inscription du jugement de divorce. La même publicité est exigée sous la même sanction, pour l'extrait de l'acte passé devant notaire dans le cas de réconciliation (art. 311, al. 4) (2) et pour le rétablissement de la communauté prévue à l'art. 1451 Cod. civ. (3).

Enfin cette loi organise au moyen du registre matrimonial la publicité des retraits par le mari du mandat tacite de la femme pour les dépenses du mariage, des autorisations données par le mari à la femme de faire le commerce ou d'exercer une profession, des pouvoirs de la femme sur ses biens réservés au cas de l'art. 2 de la loi du 13 juillet 1907 (4).

L'opposition du mari dans ces trois cas n'est pas opposable aux tiers de bonne foi que si elle a fait l'objet de l'inscription au registre (art. 34). La loi est applicable à toute femme mariée. On fait prévaloir ici la loi territoriale sur la loi personnelle par une considération de crédit public.

(1) Planiol et Ripert, IX (Nast), n° 675. V. n° 3.

(2) V. n° 41.

(3) V. n° 43.

(4) V. n° 38.

181. *Prénotations.* — Aux termes de l'art. 39 de la loi du 1^{er} juin 1924 « une prénotation peut être inscrite avec le consentement des intéressés ou en vertu d'une décision judiciaire, dans le but d'assurer à l'un des droits énumérés à l'art. précédent, son rang d'inscription ou de garantir l'efficacité d'une rectification ultérieure ».

Il importe de remarquer que la prénotation ainsi comprise est appelée à jouer le rôle qui était attribué par le droit local à la prénotation proprement dite et au contredit (1). Mais puisque la loi a supprimé toute distinction entre l'acte obligatoire et l'acte réel de transfert et a, en outre, prescrit l'inscription directe de presque toutes les restrictions au droit de disposer et de la plupart des causes de résolutions, les autres étant opposables aux tiers indépendamment de toute publicité, le rôle de cette prénotation se trouve bien diminué.

Cependant, elle sera utile à l'égard de la demande en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude (D. 18 nov. 1924, art. 25, al. 3 qui parle de mention) ; elle permettra de garantir l'efficacité d'une rectification ultérieure du livre foncier (2) (D. 18 nov. 1924, art. 35, al. 3, 4, 5) ; elle assurera le rang d'un droit à venir ou conditionnel (D. 18 nov. 1924, art. 22) ; elle garantira le droit du requérant lorsque sa demande se heurte à un obstacle et que le bureau foncier lui accorde un délai pour le faire disparaître (D. 18 nov. 1924, art. 13).

182. *Effets de l'inscription.* — « L'inscription d'un droit emporte présomption de l'existence de ce droit en la personne du titulaire ; la radiation d'un droit inscrit emporte présomption de son inexistence » (art. 41 de la loi du 1^{er} juin 1924 reproduisant l'art. 891 C. civ. all.). Cette présomption trouve sa base dans le principe de légalité acceptée par la loi, mais elle souffre la preuve contraire, la loi du 1^{er} juin 1924 n'ayant pas maintenu le principe de la force probante ou de la force publique.

L'art. 40 de la loi déclare en effet applicable l'art. 3 de la loi de 1855 et les articles 941 et 1070 C. civ. Rien a été changé à la loi française ; pas même la distinction entre les actes à titre oné-

(1) V. n° 108.

(2) C'est la fonction qui en droit local était réservée au contredit.

reux et les donations. Pour les baux la durée de 12 ans a été substituée à la durée de 18 ans prévue par la loi de 1855.

En ce qui concerne les prescriptions, l'art. 106 applique également les règles du droit français (Comp. art. 900, C. civ. allemand et § 4 à § 6 loi d'introduction en Alsace-Lorraine).

183. *Les sûretés réelles. Amélioration au droit français* : 1° *Principe de publicité* ; 2° *principe de spécialité* ; 3° *principe de non-rétroactivité* (1). — La loi du 1^{er} juin 1924 met le régime du livre foncier en harmonie avec les principes du Code civil français en matière hypothécaire (2). Toutefois, cette loi introduit diverses améliorations :

1° Tous les privilèges immobiliers et toutes les hypothèques, sans exceptions doivent être inscrits et ne produisent effet que s'ils sont inscrits. *Principe de publicité*. — Il n'y a plus de sûretés occultes.

2° L'inscription ne peut être effectuée que sur des immeubles déterminés et pour des sommes déterminées. *Principe de spécialité*. — Il n'y a donc plus d'hypothèques générales.

3° Il n'est faite aucune exception à la règle que les privilèges et les hypothèques ne prennent rang qu'à dater de leur inscription. *Principe de non-rétroactivité*. — Il n'y a donc plus d'inscriptions à effet rétroactif.

Voyons l'application de ces principes.

184. *Applications* : A. *Les privilèges généraux*. — Les privilèges même généraux en tant du moins qu'ils portent sur des immeubles (art. 2101 et lois additionnelles) s'ils ont été inscrits, ils prennent rang du jour de leur inscription, s'ils ne l'ont pas été, ils sont déclassés (3) et passent, en cas de faillite ou d'exécution forcée, après

(1) BIBLIOGRAPHIE. — A. Colin et Capitant, II, n° 1424 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique*, XIII, par Becqué, n° 877, 892.

(2) On en revient à peu près au régime qui fut en vigueur dans les trois départements entre 1889 et 1900 ; v. n° 168 et s. Les hypothèques et dettes foncières constituées avant le 1^{er} janvier 1925 se sont converties de plein droit en hypothèques du droit français un an après la mise en vigueur de la loi : c'est-à-dire le 1^{er} janvier 1926.

(3) Dans les travaux préparatoires on a qualifié les dispositions nouvelles de « suppression » des privilèges généraux et non pas de « déclassement ». M. Schisselé (*Rép. jur. d'Alsace et Lorraine*, I, v. *Immeubles*, n° 119) exige dans tous les cas l'inscription. Le texte de l'art. 47 n'est pas clair. D'une part, l'al. 2 déclare que

les créanciers privilégiés et hypothécaires inscrits, primant seulement les chirographaires (art. 47, al. 3, *in fine*). Si on leur reconnaît le droit de suite, ce droit est certainement subordonné à l'inscription. Exception est faite cependant en faveur du privilège des frais de justice, et de celui des contributions directes et taxes communales, en cas de faillite ou d'exécution forcée (art. 47, al. 2 et 3).

185. B. *L'hypothèque légale de la femme mariée.* — Cette hypothèque doit être effectuée à la requête des personnes désignées par le Code civil (art. 2136, 2138 à 2140) ; mais, de plus, elle doit l'être sans délai à la diligence du notaire qui a rédigé le contrat de mariage, sauf en cas d'avis contraire de la future épouse dont mention expresse doit être faite dans le contrat (art. 54) (1). Cette obligation doit être faite à tous les notaires (art. 65). Cette hypothèque n'est inscrite que pour la somme et sur les immeubles nécessaires pour sauvegarder les droits de la femme (art. 52 et 47, al. 2).

L'hypothèque légale est éteinte en ce qui concerne les immeubles situés dans les départements recouverts si elle n'a pas été inscrite dans le délai d'un an à compter de la dissolution du mariage (art. 53, al. 1^{er}) : le délai qui, dans le droit français, ne fait en principe perdre à l'hypothèque que son rang privilégié, fait en droit local disparaître la garantie.

La loi d'introduction a pris des mesures pour assurer la publicité de l'hypothèque légale au cas, où pendant le mariage, des créances nouvelles viendraient à naître au profit de la femme contre le mari : toutes les fois qu'il est rédigé un acte notarié qui constate l'aliénation ou acquisition par la femme, attribution à son profit, par voie de partage ou autrement, de biens immobiliers ou mobiliers, quittance de deniers propres, obligation ou renonciation à un droit dans

les privilèges généraux ne se conservent que par l'inscription ; mais le dernier alinéa du même art. 47 décide que les créanciers à privilège général prennent rang entre les créanciers inscrits et les créanciers chirographaires. Or, le classement des créanciers à privilège général après les créanciers inscrits, suppose, contrairement à l'al. 2, qu'ils n'ont eux-mêmes pris aucune inscription. Il semble donc que la réforme se réduise à un déclassement inspiré de la loi belge, du projet de la Commission du Cadastre et du projet Sénatorial de 1908, v. n^{os} 100, 122, 157. Dans ce sens, Becqué, Planiol et Ripert, XII, n^o 311.

(1) Ces textes sont empruntés à l'avant-projet de la Sous-Commission du Cadastre, art. 20 à 24 (v. n^o 126) ainsi que le déclare l'exposé des motifs. *Off.*, Doc., Parl. Chambre, sess. ord^{re}s 1922, ann. n^o 4038, p. 33.

l'intérêt du mari, même au profit d'un tiers, le notaire, dans le cas où le mari ou la communauté possèdent des immeubles dans les trois départements recouvrés, doit inviter la femme à déclarer, si elle estime que son hypothèque doit être inscrite pour la garantie des droits qui peuvent en résulter, sur quels immeubles et pour quelles sommes ; en cas d'affirmative, l'inscription est prise sans délai à la diligence du notaire (art. 55). Ici encore l'obligation est imposée à tous les notaires sur l'ensemble du territoire français (art. 65).

Les règles du Code civil sur la réduction de l'hypothèque légale restent applicables : l'inscription ne pouvant être prise que dans la mesure où elle est nécessaire pour garantir les droits de la femme (art. 53, al. 2), le mari peut, conformément à l'art. 2144 Code civ., demander la réduction judiciaire de la créance inscrite, ou la réduction à certains immeubles.

En cas d'aliénation par le mari d'un immeuble lui appartenant ou d'un immeuble de communauté, en cas de constitution d'un droit réel sur ces mêmes biens, la femme doit être interpellée par les soins du notaire rédacteur de l'acte, sous forme de notification extrajudiciaire à sa personne, sur sa renonciation à son hypothèque légale (art. 56). Cette formalité a pour but de prévenir la femme de l'aliénation ou de la constitution de droit réel et de lui éviter la forclusion, à laquelle elle est exposée par la nécessité d'inscrire son hypothèque avant l'inscription du droit de l'acquéreur. Si l'interpellation qui lui est ainsi adressée ne peut l'atteindre, mention en est faite, pour la conservation de ses droits, au livre foncier en la forme d'une prénotation (art. 56 *in fine*) ; le notaire doit, en pareil cas, aux termes de l'art. 28 du décret du 18 nov. 1924, requérir l'inscription d'une prénotation pour assurer le rang de l'inscription de l'hypothèque légale jusqu'à concurrence du prix de vente ou de la valeur estimative de l'immeuble aliéné, et, en cas de constitution d'un droit réel jusqu'à concurrence de la valeur de ce droit réel. La requête relative doit être présentée au moins avec la requête en inscription de la propriété ou du droit réel. Dans ce cas la prénotation est inscrite avec priorité.

Les règles de la loi française sur les subrogations translatives dans l'hypothèque de la femme mariée, sont en principe applicables, mais elles se trouvent simplifiées à raison de ce que l'hypothèque légale est toujours soumise à l'inscription, de sorte que la publicité de la subrogation se réalisera par voie de simple mention (art. 78,

al. 3, D. 18 nov. 1924). Puisque l'hypothèque légale n'est plus privilégiée et ne prend rang qu'à dater du jour de son inscription, la subrogation au profit d'un créancier ne se différencie plus de la cession d'antériorité ou de la subrogation à une hypothèque ordinaire.

186. C. *L'hypothèque légale du mineur et de l'interdit.* — Cette hypothèque reste d'abord soumise, au point de vue de son inscription, aux art. 2136 à 2139, 2141, 2143, C. civ., sauf dans le cas où elle est remplacée par un nantissement suffisant fourni par le tuteur (art. 58, al. 3). Le tuteur peut en outre être tenu de fournir des sûretés particulières (voy. art. 20 et 23, combinés avec art. 1844 anc. Code civil local) ; mais en outre pour assurer effectivement cette inscription, l'art. 57 confie le soin de le requérir au juge de paix ou au juge cantonal compétent, et, pour les enfants naturels dont l'état et la capacité sont régis par le Code civil, au greffier du tribunal de première instance, les frais étant à la charge du pupille. Si l'inscription n'est pas prise dans l'année qui suit l'expiration de la tutelle, l'hypothèque légale est éteinte en ce qui concerne les immeubles situés dans les départements recouvrés (art. 60, al. 2) ; contrairement au système adopté par l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, l'inscription tardive n'entraîne pas seulement perte du rang, mais bien extinction totale de la sûreté.

En ce qui concerne le principe de spécialité, les immeubles du tuteur, situés dans les trois départements, qui doivent être grevés de l'hypothèque légale, ainsi que la somme pour laquelle cette hypothèque légale doit être inscrite sont fixés, selon leur compétence, par le Tribunal des tutelles, le Tribunal de première instance, ou par le Conseil de famille, convoqués d'office ou sur requête du subrogé tuteur, d'un parent, allié ou créancier du pupille, ou du ministère public. On tiendra compte des autres garanties fournies par le tuteur, par application des articles 20, al. 2, et 23, al. 2, de la loi d'introduction. Les organes de la tutelle peuvent décider qu'il soit sursis à l'inscription, s'il n'en résulte aucun préjudice possible pour le pupille, et il doit y être sursis lorsque le tuteur fournit un nantissement jugé suffisant, en espèces, rentes ou créances sur l'Etat, actions, obligations ou titres sur lesquels la Banque de France consent des avances (art. 58).

Quand, postérieurement à une première inscription, une nouvelle créance naît au profit de l'incapable, une nouvelle inscrip-

tion devient nécessaire, d'où obligation imposée à tout notaire qui reçoit un acte duquel il résulte que de nouveaux droits ou valeurs sont échus à un mineur ou à un interdit, de donner avis sans délai, au juge de paix, au juge cantonal ou au greffier du Tribunal de première instance, chargé de requérir l'inscription nouvelle, effectué sous pli recommandé, accompagné d'un extrait de l'acte sur papier libre et sans frais : mention de l'envoi est faite en marge de la minute (art. 59).

Après l'expiration de la tutelle, si l'inscription n'a déjà été prise, le pupille peut faire inscrire son hypothèque légale pour la somme et sur les immeubles qu'il désignera, sauf application des dispositions de l'art. 58, permettant au tuteur d'échapper à l'inscription en fournissant un nantissement suffisant (art. 60, al. 1^{er}).

187. D. *L'hypothèque légale de la masse de la faillite.* — L'article 30 du décret du 18 nov. 1924 prescrit des mesures particulières pour la publicité de l'hypothèque légale de la masse de la faillite, en tant qu'elle frappe des immeubles situés en Alsace-Lorraine. Au lieu de l'inscription dont à l'art. 490, al. 3 C. com., il est prescrit une prénotation ayant pour but d'assurer le rang de l'hypothèque légale des créanciers du failli. Cette inscription, conformément à l'art. 48, al. 1^{er} de la Loi du 1^{er} juin 1924 ne peut avoir lieu que pour une somme déterminée et sur des immeubles déterminés. La prénotation se convertit en inscription définitive en conformité de l'art. 517 C. com. sur requête du Syndic. Les mêmes règles s'appliquent à l'inscription de l'hypothèque légale en cas de liquidation judiciaire.

188. E. *Les privilèges spéciaux.* — Le principe qu'il n'est fait aucune exception à la règle que les privilèges et les hypothèques ne prennent rang qu'à dater de leur inscription, exclut l'application en Alsace-Lorraine des articles 2108, 2109 C. civ. et 6, al. 2 de la Loi de 1855, et il a pour résultat de transformer les privilèges spéciaux immobiliers, en de simples hypothèques légales ; cependant, en cas de parité de rang de requêtes aux fins d'inscription déposées simultanément, les privilèges du vendeur et du copartageant priment les droits inscrits du chef du nouveau propriétaire.

Il y a lieu de noter d'ailleurs que les vendeurs et les copartageants sont protégés par le fait de l'intervention nécessaire du notaire dans les actes de vente et de partage des immeubles (art. 42) et par l'obli-

gation imposée aux notaires de faire inscrire les droits d'actes passés devant eux (art. 43).

Le privilège du vendeur n'est conservé que par l'inscription que doit prendre le vendeur et qui n'est pas prise d'office par le préposé au livre foncier : double dérogation à l'art. 2108 C. civ. Mais l'obligation d'inscrire imposée au notaire qui doit nécessairement passer l'acte, équivaut à une inscription d'office. Le privilège du vendeur doit être radié d'office, si, à la suite de la résolution de la vente pour non paiement du prix, la propriété est inscrite de nouveau au nom du vendeur (Décret 14 janvier 1927, art. 19).

En cas de transfert de la propriété d'un immeuble par exécution forcée, si le prix d'adjudication n'a pas été payé ni consigné, le notaire chargé de l'adjudication doit requérir l'inscription du privilège au profit du propriétaire antérieur ; le créancier qui reçoit paiement sur la collocation dans la procédure de la distribution est tenu de consentir la radiation du privilège ainsi inscrit à la requête du notaire (Décret 18 novembre 1924, art. 27).

Le privilège des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers, ainsi que le privilège de plus-value institué par les Lois du 16 septembre 1807 et du 17 juillet 1856, concernant le dessèchement des marais et le drainage prennent rang à la date de l'inscription du premier procès-verbal, et cela pour la somme fixée dans ce procès-verbal ; le procès-verbal de réception des travaux de dessèchement et de drainage doit être reçu et inscrit dans les deux mois de la perfection de ces travaux (art. 49). Pour assurer l'application de cette disposition légale, l'art. 26 du décret du 18 novembre 1924 décide que la conservation du rang d'inscription des privilèges ci-dessus, par l'inscription du premier procès-verbal se fait au moyen d'une prénotation destinée à assurer le rang d'inscription du privilège pour les frais d'exécution des travaux projetés et les frais d'expertise, qui doivent être indiqués dans le procès-verbal pour leur montant estimatif maximum ; après présentation du procès-verbal de réception des travaux et d'un bordereau indiquant le montant de la somme due s'il n'est pas déjà établi par le procès-verbal, la prénotation susvisée assure un privilège pour la somme due, en tant que celle-ci ne dépasse ni le montant garanti par la prénotation, ni la plus-value résultant des deux procès-verbaux ; si un excédent se trouve garanti par la prénotation il est radié d'office.

Enfin le droit à la séparation des patrimoines qui appartient aux créanciers et légataires est conservé par une prénotation : celle-ci

peut être inscrite avant que l'héritier soit lui-même inscrit comme propriétaire, mais elle ne peut plus l'être après l'inscription du transfert de la propriété à un tiers (art. 50).

189. F. *Spécialité absolue de l'inscription*. — Tandis que, de règle générale, l'inscription désigne simplement l'espèce et la situation des biens sans spécifier nommément chaque parcelle se trouvant dans la même commune, le système d'Alsace-Lorraine exige que l'inscription désigne positivement chaque parcelle grevée de l'hypothèque ou du privilège, suivant les principes déjà exposés.

190. 4° *Autre amélioration. L'hypothèque judiciaire*. — L'hypothèque judiciaire ne résulte que des décisions exécutoires faisant ressortir une créance de somme d'argent. Elle ne peut être inscrite, conformément à la règle de la spécialité, que sur des immeubles déterminés (art. 48 et 62).

La Loi du 1^{er} juin 1924 n'a donc pas réintroduit dans les départements recouvrés l'hypothèque des actes privés reconnus ou vérifiés en justice.

Nous renvoyons aux observations faites au n° 125.

La solution adoptée quant à l'hypothèque des jugements vise d'une part, à supprimer les défauts de cette sûreté, qui la rendent si dangereuse tant pour les tiers que pour le débiteur et, d'autre part, à la laisser subsister dans la mesure où l'exige l'intérêt du créancier, et même du débiteur, que sa suppression complète exposerait davantage à l'exécution forcée, suivant l'exposé des motifs (1).

Il faut remarquer que les inconvénients de l'hypothèque judiciaire ainsi limitée sont encore très largement atténués par l'application de la faillite aux non-commerçants (2).

Les hypothèques instituées par jugement en vertu de la Loi de 1838 sur les aliénés et de la Loi de 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle sont introduites en Alsace-Lorraine, mais en tant qu'elles sont constituées sur des immeubles situés dans les trois départements elles sont nécessairement spéciales : le jugement qui les crée doit déterminer quels seront les immeubles grevés (art. 61).

(1) *Off.*, Doc. Parl. Chambre, Sen. Ord., 1922, n° 4038, p. 584, col. 2. V. sur la question, n°^s 80, 125, 162.

(2) L. 1^{er} juin 1924, art. 22.

191. 5° *Règles spéciales sur la procédure d'exécution forcée, de distribution et de purge.* — Nous avons dit que la simplification de la saisie immobilière et de la procédure d'ordre est parmi les réformes qui s'imposent le plus pour améliorer le crédit hypothécaire. Dès lors on conçoit que le législateur ait introduit en Alsace-Lorraine un système inspiré de la procédure allemande de la saisie d'office, indiscutablement supérieure à la longue et coûteuse saisie française. Le projet gouvernemental d'introduction des lois civiles (art. 92) se bornait à remettre en vigueur une loi du 30 avril 1880 qui avait été instituée pendant l'occupation allemande, pour remplacer la procédure française de saisie immobilière et d'ordre, à une époque où le droit civil français était encore en vigueur (1). Mais comme cette loi avait été abrogée par la loi d'Empire du 24 mars 1897 (2) la Commission d'Alsace-Lorraine de la Chambre fit ajouter à la loi d'introduction du 1^{er} juin 1924 un titre V (art. 141 et suiv.) consacré à l'exécution forcée sur les immeubles, à la procédure en matière de purge et à la procédure d'ordre (3).

Cette loi maintient l'administration forcée des immeubles, procédure du droit local qui permet d'éviter l'expropriation du débiteur en faisant obtenir satisfaction à ses créanciers sur les revenus de l'immeuble encaissés à leur profit pendant plusieurs années, par un administrateur désigné et surveillé par le juge cantonal. C'est une généralisation de la procédure spéciale établie pour le Crédit foncier (4). Une fois l'administration forcée ordonnée, le juge cantonal dresse un état de distribution des fonds, sur qui sont admises les créances résultant du livre foncier, et il ordonne à l'administrateur le paiement des différentes sommes aux intéressés à leur échéance, dans la mesure des disponibilités.

Dans la procédure d'exécution forcée, le juge a un rôle actif, tandis que la saisie commune est l'œuvre des avoués et des huissiers. Le créancier adresse une demande tendant à faire ordonner l'exécution forcée au tribunal cantonal (art. 141) ; celui-ci rend une ordonnance d'exécution forcée (art. 144), qui est inscrite d'office au livre foncier, et à partir de ce moment c'est le juge qui dirige la procédure, dont la cheville ouvrière est le notaire qu'il a désigné pour

(1) *Ann. de lég. étr.*, t. X, p. 232.

(2) *Ann. de lég. étr.*, t. XXVII, p. 89.

(3) Chéron, *Revue trimestrielle*, 1923, pp. 709 et s.

(4) V. n° 88.

procéder à l'adjudication. Lorsque l'adjudication a eu lieu, l'inscription au livre foncier entraîne la purge de toutes les hypothèques en ce sens que les droits des créanciers portent sur le prix d'adjudication.

Lorsque la vente sur exécution forcée, ou la revente sur surenchère est devenue définitive le notaire doit d'office requérir l'inscription au livre foncier du droit de propriété des adjudicataires et du privilège du saisi exproprié, si le prix n'a été ni payé ni consigné.

La procédure de distribution du prix est pareillement l'œuvre du notaire et elle est indéniablement beaucoup moins compliquée et surtout moins coûteuse que la procédure d'ordre (art. 194-214).

La procédure de purge est réglée en principe par les dispositions du Code civil (art. 187) et elle est nécessairement unique, car en Alsace-Lorraine le principe de publicité ne comporte pas d'exception ; mais la loi édicte des règles particulières sur la compétence des Tribunaux cantonaux, sur les délais et sur la procédure de surenchère.

SECTION III

Le projet de réforme du régime foncier de la Société d'Etudes Législatives

192. *Nouvelle orientation des études.* — La loi du 1^{er} juin 1924, dans la pensée du législateur, devait servir de base, dans un avenir prochain, à une refonte de la législation immobilière dans tout le reste de la France. C'est ce qui a amené la Société d'Etudes législatives à mettre la réforme du régime foncier à l'ordre du jour en 1927 et à la discuter en 1928 et en 1929 (1).

Même avant la publication de la loi d'introduction beaucoup d'auteurs avaient fait ressortir du mouvement d'études relatif au projet de cette loi que la conséquence logique qu'il y avait lieu de tirer de cet essai d'adaptation du régime Alsacien-Lorrain aux principes du droit français, était la réalisation de la réforme de la

(1) V. rapport par M. René Morel, *Bull.*, 1928, pp. 215 et s. ; Discussion dans les séances de la Commission, *Bull.* 1928, pp. 249 à 270 ; Discussion dans l'Assemblée générale, *Bull.*, 1929, pp. 55 à 71, 75 à 124, 128 à 146, 158 à 177 ; Texte définitif du projet de loi sur le régime foncier, *Bull.*, 1929, pp. 179 et s.

législation foncière de la France entière au moyen de l'introduction du livre foncier sur tout le territoire français et de l'application du système établi par cette loi.

Nous avons déjà dit que la cause principale de l'échec du projet élaboré par la Commission extraparlamentaire du cadastre, après le grand enthousiasme pour le système du livre foncier, avait été l'idée, ancrée dans tous les esprits, que l'établissement des livres fonciers supposât, comme condition préalable et nécessaire, la réfection du cadastre, ce qui eût demandé des énormes dépenses.

Mais l'exemple Alsacien-Lorrain était désormais là pour montrer la possibilité d'établir des livres fonciers et organiser une publicité complète et efficace de la propriété immobilière et des droits réels immobiliers sans procéder à la refonte du cadastre (1).

Le dilemme ne se posait plus entre le système germanique des livres fonciers et le système de réforme partielle basée sur la publicité personnelle, à l'ordre du jour depuis 1894, mais on commençait à comprendre qu'un autre système eût été possible, sans procéder, au préalable, à la réfection entière du cadastre : un système qui, d'un côté, eût soumis à la publicité tous les droits qui jusqu'ici en sont dispensés, et, en même temps, eût substitué aux formes actuelles de la publicité le système du livre foncier, c'est-à-dire un document de consultation aisée, rapide et directe, présentant en un tableau sommaire tout à la fois la situation immobilière d'un propriétaire et l'état juridique complet de chaque immeuble.

Concilier les livres fonciers avec les principes traditionnels du droit français, sans procéder à la réfection complète du cadastre, tel devint le but des esprits les plus éminents.

En effet, toutes les critiques qui portaient sur le principe de la force probante, qui fait trop bon marché de la propriété en attribuant à l'inscription une force constitutive absolue, sur les difficultés d'instituer ce système dans les pays de petite propriété, sur les dangers d'une trop grande facilitation de la transmission et la mise en gage de la propriété rurale, supposaient une identification entre le livre foncier et le feuillet réel pour chaque immeuble.

Mais en Alsace-Lorraine le régime normal était représenté par le livre de propriété : c'est-à-dire un feuillet personnel, dépourvu de force probante, institué dans les communes dont le cadastre n'avait

(1) G. Dereux, *Rev. trim. dr. civ.*, 1925, pp. 281 et s. ; F. Roger, *Rev. critique*, 1924, pp. 137 et s. ; Morel, *op. cit.*, p. 157.

pas été révisé et indépendamment de toute procédure générale tendant à l'immatriculation des immeubles.

L'introduction d'un livre de propriété échapperait en effet à toute difficulté matérielle, étant tenu au nom de chaque propriétaire, il ne nécessiterait l'établissement d'un nombre de feuillets aussi considérable que l'exigerait un système de publicité par feuillets réels : dépourvu de la foi publique, ne porterait pas atteinte au droit de propriété, et il n'exigerait pas une procédure préliminaire d'enquête.

D'autre part, il y a lieu de rappeler que la plupart des communes d'Alsace-Lorraine où existe le livre de propriété n'ont encore que l'ancien cadastre (1).

193. *Le projet de la Société d'Etudes législatives. La réforme du répertoire.* — La Commission de la Société d'Etudes législatives qui, sous la présidence de M. Capitant aborda l'étude de la réforme dans la séance du 4 mai 1927 (2) se proposa :

1° d'étudier la réforme du régime foncier en envisageant le fond du droit ;

2° d'étudier le mécanisme de la publicité, c'est-à-dire de rechercher quelles réformes pouvaient être apportées à la tenue des registres et à leur ménagement, dans le but de se rapprocher autant que possible du régime d'Alsace-Lorraine.

C'est par cette seconde question qu'elle commença ses études.

Elle se demanda d'abord si elle devait établir le livre foncier sur tout le territoire français. La majorité de la Commission y était, en principe, favorable, car elle en réclamait le maintien en Alsace-Lorraine et elle avait comme but principal l'unification des deux régimes par l'introduction du régime foncier d'Alsace-Lorraine. Cependant, elle ne crut pas devoir faire le pas décisif, tout en ne se prononçant pas en théorie, contre l'établissement du livre foncier.

En ne considérant d'abord que l'instrument extérieur de la publicité nous savons déjà que les registres de transcriptions et d'inscriptions ne peuvent pas renseigner aussi rapidement que le livre foncier, ne pouvant être l'objet d'une consultation directe. D'autre

(1) La loi du 1^{er} mars 1918 prenait déjà des mesures pour que les immeubles fussent suffisamment individuels : ses dispositions seraient suffisantes pour l'introduction d'un livre de propriété.

(2) *Bull.*, 1928, pp. 249 et s.

part, nous avons déjà indiqué les inconvénients très graves que présente le répertoire actuel, document essentiel à la recherche des actes rendus publics (1).

En repoussant l'introduction du livre foncier, la commission s'efforça par conséquent d'améliorer le mécanisme défectueux de la publicité actuelle par le moyen d'une modification à la forme du répertoire.

Aucune objection de principe fut formulée contre le livre foncier, mais des raisons d'ordre administratif et surtout financier déterminèrent la commission, soucieuse que sa proposition de loi n'eût pas le sort de toutes celles qui l'ont précédée, à faire une réforme prudente et modérée. En effet, le livre foncier suppose nécessairement l'existence d'un bureau foncier dans chaque canton, tandis que l'administration, loin de s'orienter vers la circonscription cantonale, s'efforce d'élargir la circonscription des bureaux hypothécaires, puisqu'un décret de 1926 a supprimé 92 conservations d'hypothèques.

L'établissement des livres fonciers, quoiqu'il ne soit pas lié à la réfection du cadastre, comme nous l'avons déjà dit, entraînerait des frais assez élevés pour dépenses de matériel et accroissement notable de personnel (2).

Enfin, le livre foncier d'Alsace-Lorraine est tenu par des magistrats de l'ordre judiciaire (Décret 18 novembre 1924), tandis que dans le système français c'est à l'administration des finances qu'a été confiée la tenue des registres hypothécaires. Or, la commission jugea peu vraisemblable que l'administration des finances se laisserait déposséder de ses prérogatives, tandis que, d'autre part, les conservateurs des hypothèques en France ne désireraient pas les responsabilités qui sont inhérentes au rôle que doit jouer le magistrat chargé de la tenue du livre foncier. Nous savons, en effet, qu'il doit exercer un contrôle avant de procéder à l'inscription et rendre, sur les requêtes qui lui sont présentées, de véritables décisions susceptibles de voies de recours.

C'est pour ces raisons, toutes d'opportunité, que la Commission, dans la séance du 18 mai 1927 (3), inclina à adopter le point de vue

(1) V. n° 91.

(2) Capitant, *La place de la loi d'introduction dans le développement cont. du droit civ. franç.*, pp. 155 et s.

(3) *Bull.*, 1928, p. 250.

de MM. Blondet et François Roger, appartenant au corps des conservateurs des hypothèques, estimant qu'il suffirait de développer les énonciations du répertoire pour obtenir tous les avantages que donne la forme du livre foncier.

La modification du répertoire, qui est l'œuvre de M. Roger, est visée par les art. 13, 22, 23 du projet définitif voté par l'Assemblée générale (1).

« Art. 13. — L'article 18 de la loi du 21 ventôse an VII est abrogé et remplacé ainsi qu'il suit :

Un répertoire, ouvert au public par communication verbale ou écrite, sur réquisition signée du requérant et satisfaisant aux conditions de l'art. 23 ci-après, centralise sous le nom de chaque personne portée aux tables alphabétiques annexes et en ce qui concerne les renseignements essentiels que comportent les inscriptions, transcriptions ou mentions de radiations.

Ce répertoire doit contenir notamment, outre les noms, prénoms dans l'ordre de l'état civil, profession, domicile du titulaire du compte et, s'il se peut, la date et le lieu de sa naissance et les indications essentielles relatives au mariage, la nature et le caractère de chaque acte à porter, l'indication du registre et du numéro où on l'a consigné, la situation, la nature et la contenance totale des immeubles auxquels il se rapporte, le prix exprimé ou la créance garantie, ou le montant du dégrèvement, ou, à défaut, l'évaluation prescrite. Une colonne d'observations signale les résolutions d'actes transcrits et les servitudes mentionnées à titre accessoire.

Dans les cas où une conservation comprend plusieurs bureaux, chaque bureau comporte un répertoire distinct pour son ressort ».

« Art. 22. — Le répertoire public, à substituer en vertu de la présente loi au répertoire d'ordre intérieur que prescrivait l'ancien art. 18 de la loi du 21 ventôse an VII, sera borné à la période postérieure au 1^{er} janvier (1901?), sauf en ce qui touche les inscriptions soustraites à la péremption décennale.

De même, à partir de la mise en vigueur de la présente loi, les recherches effectuées et les états et certificats à délivrer en conséquence par les Conservateurs ne remonteront plus au delà de cette dernière date et leur responsabilité sera limitée de la même manière.

(1) *Bull.*, 1929, pp. 186-187.

Pour chaque ressort de conservation le Ministre des finances fixera une date où le répertoire public entrera en vigueur à l'exclusion du répertoire antérieur ».

« Art. 23. — La refonte du répertoire sera effectuée aux frais de l'Etat. Un règlement d'administration publique déterminera les conditions d'application de l'art. 13 ci-dessus ».

Nous avons déjà dit que la grande infériorité du système français par rapport à celui du livre foncier, comme instrument extérieur de publicité, est constituée par ce que le régime français n'offre rien de comparable au feuillet foncier qui permet d'apprécier en une sorte de tableau synoptique l'ensemble des droits relatifs à un immeuble. Nous savons que les collections des transcriptions et des inscriptions sont rangées par ordre chronologique, sans lien entre elles et qu'on n'en obtient communication qu'au moyen d'états ou de certificats qui font parfois l'effet de grimoires. Nous avons déjà dit que le répertoire d'ordre intérieur prévu par l'art. 18 de la Loi du 21 ventôse an VII ne peut tenir dans les recherches du conservateur qu'une place secondaire.

Le projet proposé par M. Roger et accepté par la Commission et par l'Assemblée générale vise précisément à résoudre le problème de doter la France d'un organe central de publicité, qui, s'il n'est pas le livre foncier, soit sinon analogue, du moins équivalent par rapport à nos usages.

D'après son créateur, M. Roger (1), le répertoire public de l'art. 13 répondrait mieux qu'un livre foncier à la législation et aux usages français, car viendraient se fondre en lui deux procédés très anciens dont l'utilité, la nécessité même est démontrée par une longue pratique, c'est-à-dire le répertoire d'ordre intérieur auquel le nouveau se substituerait et le procédé des renseignements dits préalables dont nous avons déjà parlé (2).

Par le moyen des modifications proposées, les recherches seraient facilitées et abrégées. La désignation précise des immeubles aliénés ou grevés éviterait l'examen de toutes les transcriptions ou inscriptions relatives à des immeubles différents de ceux sur lesquels le Conservateur est appelé à certifier ; les renseignements précis sur la résolution des droits immobiliers, ceux sur le prix ou l'évaluation,

(1) V. les explications très claires et intéressantes données par M. Roger à l'Assemblée générale du 29 novembre 1929, bull. 1929, pp. 158 et suiv.

(2) V. n° 91.

sur le montant de la créance garantie, ainsi que sur celui de la décharge en cas de radiation ou de réduction partielle de la créance garantie permettraient de se rendre compte assez rapidement de la situation juridique et hypothécaire d'un immeuble déterminé.

M. Roger se montra tellement enthousiaste de ce système qu'il arriva à déclarer de préférer le régime de la transcription à celui du livre foncier, jadis préféré (1), car il paraît possible d'aboutir à un résultat à peu près équivalent par une voie plus courte, plus simple et peut-être plus claire (2).

Cependant, M. Morel, qui ne cache pas sa préférence pour les livres fonciers, observe dans son rapport qu'il ne faut pas s'exagérer la portée de la réforme : tout en se rapprochant, dans une certaine mesure, du livre foncier, le répertoire ainsi amélioré ne remplira pas le même rôle et ne rendra pas les mêmes services que ce dernier. Sur le feuillet ouvert au livre foncier au nom d'un propriétaire, chaque immeuble fait l'objet d'un article distinct où sont portées les mentions qui le concernent : désignation de l'immeuble, cause juridique qui a rendu le titulaire du feuillet propriétaire de l'immeuble ou lui a fait perdre son droit de propriété, charges et restrictions au droit de disposer, hypothèques grevant cet immeuble avec le montant de la créance garantie. On peut dire en somme que chaque feuillet se divise lui-même en autant de sous-feuillets qu'il y a d'immeubles inscrits. En se reportant à l'article concernant un immeuble déterminé, on est rapidement fixé sur la situation juridique de cet immeuble. Le répertoire, même dans sa teneur nouvelle, se bornera à indiquer, par ordres de dates, les actes dont seront l'objet les différents immeubles du propriétaire au nom de qui un compte aura été ouvert ; chaque immeuble ne faisant pas l'objet d'un article distinct, un travail de discrimination restera nécessaire pour en déterminer la situation juridique (3).

Au sein de la Commission (4), M. Morel souleva la question de la forme de la transcription en se demandant si l'on pourrait se contenter de la transcription d'un extrait analytique et il proposa, avec l'approbation de la Commission, de maintenir la possibilité de transcription d'un extrait analytique, mais en décidant que la rédac-

(1) V. Roger, *La réforme du régime foncier en France*, Paris, 1922.

(2) *Bull.* 1929, p. 87.

(3) *Bull.*, 1928, pp. 225-226.

(4) *Bull.*, 1928, p. 252.

tion de cet extrait serait facultative pour les notaires en ce sens qu'il leur serait loisible, s'ils le préféraient, de faire transcrire l'acte entier.

Cependant, le projet de la Commission ne fait pas parole de la forme de la transcription et le projet définitif se borna à reproduire, à l'art. 7, textuellement l'art. 13 (nouvelle rédaction) de la Loi du 23 mars 1855.

194. *Les principes directeurs de la publicité et la sanction du défaut de transcription. Le principe relatif de l'inscription.* — Nous savons que le régime actuel des départements recouvrés a exclu le principe absolu de l'inscription et celui de la force probante, mais a conservé le principe de légalité et le principe relatif de l'inscription.

Le projet de la Société d'Etudes législatives repousse le principe de légalité et admet par contre le principe relatif de l'inscription.

On sait qu'en vertu du principe absolu de l'inscription, celle-ci seule consomme le transfert de la propriété ou de tout autre droit réel immobilier, tandis qu'en droit français la propriété est transférée, entre parties, par le simple consentement, la transcription ne servant qu'à rendre l'acte opposable à certains tiers, et que la Loi du 1^{er} juin 1924 (art. 40) a abandonné le principe absolu de l'inscription.

La Commission, dans sa séance du 4 janvier 1928 (1), fut amenée à examiner la question du moment auquel doit s'effectuer le transfert de propriété et elle se déclara favorable à la réforme qui consisterait à retarder le transfert, même inter-pates, jusqu'au moment de la transcription. On observa que cette réforme, si elle bouleverse le principe de l'art. 1583, ne soulève pas d'inconvénients pratiques, et éviterait surtout le danger d'une faillite ou d'une acceptation bénéficiaire se produisant entre le moment de la vente et celui de la transcription. D'ailleurs, le fait que l'acheteur ne deviendrait pas propriétaire, dès l'accord des parties, ne priverait pas le vendeur du droit de l'obliger, comme auparavant, à réaliser la vente (2).

Cependant, le projet de la Commission, ainsi que le projet définitif, est demeuré fidèle à la conception française. Il a paru qu'elle présente au moins un avantage pratique : c'est de permettre à

(1) *Bull.*, 1928, p. 256.

(2) V. *supra*, n° 114.

celui qui se rend acquéreur d'un immeuble de constituer une hypothèque sur ce bien, aussitôt l'acquisition réalisée et avant toute transcription (1).

Dans le projet comme dans le droit actuel, l'absence de publicité a simplement pour effet de rendre l'acte non transcrit inopposable aux tiers. Mais le projet supprime toute distinction entre les donations entre vifs et les autres actes translatifs (art. 941 C. civ., art. 3 de la Loi de 1855), en décidant que « le défaut de transcription peut être opposé par toutes personnes ayant intérêt... Les parties ou leurs héritiers, ainsi que les personnes chargées de faire opérer la transcription ou leurs ayants cause ne peuvent pas opposer le défaut de transcription » (art. 3).

La Commission se proposa le problème de l'obligation de la transcription et des sanctions à attacher à l'inobservation de la formalité, et elle décida de recourir à des sanctions indirectes.

Elle écarta tout d'abord le système d'impartir un délai accompagné d'une sanction, telle qu'une amende contre les officiers publics ou les parties ; ainsi que le système contenu dans la proposition de loi Lafarge et Saget : « il ne pourra être fait mention dans un acte authentique ou public ni usage dans une instance en justice d'un acte ou d'un jugement sujet à transcription s'il n'est justifié que cette formalité a été préalablement accomplie, à moins qu'il ne soit indiqué qu'elle aura lieu en même temps que la transcription dudit acte authentique où il est relaté. »

Elle écarta de même un autre moyen indirect d'assurer l'observation de la loi, celui d'exiger que les actes sujets à transcription soient dressés par-devant notaire. Nous avons vu que telle est la solution de la Loi du 1^{er} juin 1924 tout au moins pour les actes entre vifs translatifs ou déclaratifs de propriété immobilière et ceux portant constitution ou transmission d'une servitude foncière (2). Si ces actes ne sont pas dressés par-devant notaire ils doivent être suivis, à peine de nullité, d'un acte authentique dans les six mois (3). Au sein de la Commission, MM. Capitant et Morel, se montrèrent partisans de décider que les ventes soient passées par écrit.

(1) Morel, Rapport, *Bull.*, 1928, p. 232. V. la discussion à l'Assemblée générale du 15 mars 1929, *Bull.*, 1929, p. 99.

(2) V. n° 177.

(3) Loi du 1^{er} juin 1924, art. 42.

La Société d'Etudes Législatives n'entra pas dans cette voie.⁽¹⁾ en jugeant que le but d'assurer l'observation des formalités de publicité sera assuré d'une manière plus efficace par le principe relatif de l'inscription en vertu duquel un acquéreur de droit soumis à publicité ne peut être inscrit sans que son auteur l'ait été lui-même. Toute personne titulaire d'un droit soumis à publicité, se trouverait par ce principe indirectement contrainte à le faire inscrire.

En adoptant ce principe, la Société d'Etudes Législatives a entendu assurer d'une manière indirecte mais efficace, l'accomplissement des formalités de transcription sans les rendre directement obligatoires.

« Art. 1^{er}. — On ne peut transcrire un acte constitutif ou translatif d'un droit sur un immeuble ni inscrire une hypothèque conventionnelle sans justifier au Conservateur des hypothèques que le titre du disposant ou celui de son auteur (2), s'il s'agit d'un successible, est lui-même transcrit. Cette disposition ne s'applique pas au cas où l'auteur a acquis sans titre susceptible d'être transcrit ».

Il importe de remarquer que cet article apporte un triple tempérament au principe relatif de l'inscription.

Tout d'abord, en cas de succession, il suffit que le titre du de cujus, soit seul transcrit. Nous verrons que le projet n'a pas ordonné la publicité pour les transmissions à cause de mort ; on ne pouvait par suite exiger que le titre de l'héritier ou du légataire fût transcrit préalablement à tout acte de disposition de sa part.

En second lieu, le principe ne s'applique pas au cas d'inscription d'une hypothèque légale ou judiciaire pour ne pas faire supporter aux créanciers les conséquences de la négligence de son débiteur, ni leur imposer d'opérer la transcription préalable du titre de ce dernier.

Enfin, le principe se heurte à une impossibilité lorsque le disposant a acquis sans titre susceptible d'être transcrit, en particulier par le jeu de la prescription.

(1) C'est une considération d'opportunité qui seule décida la Commission à ne pas proposer cette obligation.

(2) Le terme « disposant » fut critiqué par M. Lyon-Caen. M. Morel aurait préféré le terme « aliénateur » mais il expliqua qu'on avait fait observer que ce n'est pas français. M. Capitant trancha la question en proposant de dire « le titre de celui qui aliène ou le titre de son auteur » ; mais le texte définitif porte le terme « disposant ». V. *Bull.*, 1929, pp. 110-111.

Au cours de la discussion au sein de la Commission (1) M. Dereux nota que dans l'hypothèse où une personne, après avoir vendu un bien à un premier acheteur qui a transcrit, demande la nullité de cette première aliénation et revend le même bien à un second acheteur avant l'issue du procès en nullité, le principe de l'effet relatif met obstacle à la transcription par le second acquéreur de son acquisition. et par là même, empêche ce dernier de constituer une hypothèque ou de vendre le bien qu'il a acheté. M. Dereux faisait remarquer que le système Alsacien-Lorrain corrige le principe de l'effet relatif dans l'hypothèse exposée au moyen du système de la prénotation. M. Dureux demanda en conséquence que ce système des prénotations ou un système équivalent fût adopté. Après discussion la Commission, dans la séance du 29 juin 1927 décida de permettre au second acquéreur de transcrire son titre, mais à charge pour lui de faire mentionner l'action en nullité ou en révocation en marge de l'acte de transcription de la première vente, cela dans un but de protection des tiers. Mais, ni le projet de la Commission ni celui adopté par l'Assemblée consacrèrent ce système.

Il importe de remarquer qu'il n'est pas exact d'affirmer que le principe relatif met obstacle à la transcription par le second acquéreur de son acquisition. Ce principe exige seulement que l'acquéreur justifie au Conservateur que le titre du disposant est lui-même transcrit ; or le titre du vendeur, qui revend le bien déjà aliéné par une vente dont il demande la nullité, est transcrit au bureau des hypothèques et cela suffit au point de vue du principe relatif de l'inscription. Le principe qui mettrait obstacle à la transcription par ce second acquéreur de son acquisition serait celui de légalité, dont il n'est pas question dans le système que nous examinons, car le Conservateur ne doit pas sortir de son rôle passif que dans les limites étroitement tracées par le principe relatif qui ne comporte aucune-ment un tel contrôle.

Cet article donna lieu à une vive discussion dans l'Assemblée générale (2). M. Roger déclara qu'il était préférable d'abandonner l'article parce que le Conservateur n'a qu'un rôle passif, tandis que, s'il est chargé du principe relatif de l'inscription, il faut qu'il examine l'identité des parties, celles des immeubles et de sorte que, pour des légers détails il refusera de transcrire l'acte

(1) Séance du 29 juin 1927, *Bull.*, 1928, p. 253.

(2) 15 mars 1929, *Bull.*, 1929, pp. 96 et s.

M. Morel observa que si ce principe entraînera un certain contrôle de la part du Conservateur, ce petit inconvénient sera balancé par un réel avantage.

M. Niboyet déclara de ne pas comprendre les craintes de M. Roger : le Conservateur n'aurait pas à juger des droits : il s'agirait simplement d'une formalité.

M. Arminjon observa qu'en cas de prescription, si le Conservateur demande la preuve de la prescription, il sera presque toujours difficile au requérant de prouver, à la satisfaction du Conservateur, le point de départ de la possession alléguée et les caractères qu'elle doit revêtir pour que la prescription en résulte.

M. Morel, rapporteur, reconnut qu'en cas de prescription il est vraisemblable que le Conservateur refuserait de transcrire et qu'il faudra obtenir un jugement, mais il ajouta qu'en principe on n'aura pas d'adversaire et M. Capitant, président de la Commission, expliqua qu'il s'agira d'un jugement gracieux et non contentieux.

Dans la séance du 19 avril, M. Grange et M. Cotelte parlèrent contre le principe ; mais après les explications de M. Capitant, il fut approuvé.

195. *Domaine d'application de la publicité. Clandestinité des mutations par décès et des actes déclaratifs.* — En ce qui concerne le domaine d'application de la publicité, le projet conserve tout d'abord la distinction traditionnelle de la transcription et de l'inscription. En ce qui concerne la transcription la Commission aborda la question de la publicité des mutations par décès et celle des actes entre vifs non translatifs mais elle se prononça pour le maintien de l'état de chose actuel, non sans des revirements d'opinions et après une longue discussion, qui se termina par une décision négative prise à l'unanimité et approuvée par l'Assemblée générale sans aucune critique ni discussion (1).

Quant aux mutations par décès, la Commission (2) repoussa d'abord à l'unanimité la transcription de toute mutation par décès, universelle ou à titre universel. La même solution fut adoptée, après échange de vues, en ce qui concerne le légataire particulier.

En ce qui concerne la transcription des actes de partage, après une longue discussion, la Commission, considérant d'une part, que cette mesure peut seule permettre l'établissement d'origines de pro-

(1) Séance du 19 avril 1929, *Bull.*, 1929, p. 110.

(2) Séance du 21 décembre 1927, *Bull.*, 1928, p. 255.

priété régulière, que, d'autre part, elle a pour mission de rapprocher le plus possible de l'institution du livre foncier le régime de la publicité des transmissions immobilières en France, décida d'admettre provisoirement la transcription des actes de partage, sans, toutefois méconnaître que l'adoption d'une telle mesure était susceptible de soulever des objections de toute sorte : échec à la règle de l'effet déclaratif du partage et aux principes de la Loi de 1855 (1), augmentation de droits imposés aux intéressés, complication du travail des Conservateurs, avantage conféré à l'héritier unique par rapport aux familles nombreuses par suite de l'impossibilité d'exiger de celui-ci, en l'absence de tout titre, la transcription de son droit.

En revenant sur la question, dans la séance du 4 janvier 1928 (2), on fit observer que la transcription des actes de partage pourraient porter atteinte à l'art. 882, réglementant le droit d'intervention des créanciers, des copartageants : en particulier, si un héritier aliène sa part aussitôt après le partage, et que la transcription de l'acte d'acquisition soit effectuée avant celle de l'acte de partage, le créancier de ce cohéritier pourra soutenir que le partage ne lui est pas opposable (3).

Par contre, après un nouvel examen de la question, la Commission fut d'avis que cette transcription ne pourrait pratiquement porter atteinte à la règle de l'effet déclaratif, inscrite dans l'art. 883, puisque cette règle ne s'applique qu'entre le moment de l'ouverture de la succession et celui du partage, et non après. D'ailleurs, en Alsace-Lorraine où l'on admet l'effet déclaratif, les actes de partage sont transcrits (4).

La Commission fut amenée par la suite à constater qu'il s'agissait surtout d'une question de frais. On proposa de transcrire seulement un extrait du partage et que cette transcription ne donnât lieu qu'à la perception des droits du Conservateur. L'obligation de transcrire eût dû s'imposer aussi à l'héritier et au légataire unique, qui eût dû présenter une déclaration notariée attestant sa qualité successorale.

Dès lors la Commission fut amenée à revenir sur la question de la transcription des mutations par décès, et elle constata qu'un avantage de cette réforme serait de donner au successeur, dont le nom

(1) V. sur ce point les n^{os} 19, 143 et s., 224, 253, 254.

(2) V. *Bull.*, 1928, p. 555.

(3) V. pour la portée et la critique de cette objection les n^{os} cités à la note 1.

(4) V. n^o 179.

figure au registre, la qualité de propriétaire au moins apparent, et par suite, de permettre à l'acquéreur à titre onéreux qui a traité de bonne foi avec ce successeur, d'opposer dans tous les cas à l'héritier véritable, le défaut de transcription.

Un autre avantage serait d'établir sans lacune la généalogie juridique des immeubles, c'est-à-dire les origines de propriété régulières et complètes (1).

En considérant ces deux avantages, la Commission, revenant sur sa précédente décision, adopta le principe de la transcription des mutations par décès, à condition que cette transcription ne donnât lieu à la perception d'aucune taxe. Cette décision fut prise à la majorité. M. Roger s'étant déclaré hostile à cette transcription commune à celle des actes de partage.

Suivant ces principes, les héritiers n'auraient pas besoin de transcrire tant qu'ils resteraient dans l'indivision, la transcription du chef du défunt étant suffisante.

Pour les mutations par décès, y compris les legs particuliers, la Commission proposa un délai de six mois à dater de l'ouverture de la succession.

Aucun délai ne serait assigné aux copartageants qui ont intérêt à transcrire le plus vite possible. Les aliénations et constitutions de droits réels consenties à titre onéreux par l'héritier apparent seraient opposables à l'héritier véritable qui n'eût pas fait transcrire son titre. Mais la sanction ne s'appliquerait pas au donataire qui tient un immeuble de l'héritier apparent : pour lui, la transcription ne vaudrait que dans ses rapports avec le donateur. Tout en décidant d'appliquer la transcription aux acquisitions à cause de mort, la Commission n'apportait pas de changement à l'art. 1^{er}, parce que l'héritier qui eût voulu aliéner dans un court délai, aurait été obligé de payer les droit de mutations pour arriver à remplir la formalité.

Dans la séance du 25 janvier 1928, la Commission remarqua que la sanction de l'opposabilité au successeur véritable des aliénations consenties par l'héritier apparent à des tiers postérieurement à

(1) Nous avons déjà montré que d'ailleurs, la publicité ne joue aucun rôle dans l'acquisition des droits du défunt par l'héritier, même dans le système à publicité absolue, qu'elle ne peut jouer le même rôle que pour les mutations entre vifs, et que, d'autre part, il ne peut y avoir ni plusieurs dévolutions identiques à des cohéritiers ou à des légataires, ni concours d'une transmission par décès et d'une transmission faite de son vivant par le *de cujus*.

l'expiration du délai de six mois, impliquerait la force probante du livre foncier. Aussi la commission fut-elle d'avis de s'en tenir à la solution adoptée par la jurisprudence, qui tranche le conflit entre successeur véritable et tiers acquéreur, non par une question de transcription, mais par une question de bonne foi (1). Il y a lieu d'observer que, toutefois, la transcription de la mutation par décès serait une condition de la qualité d'héritier apparent (2).

En ce qui concerne la forme de la transcription des transmissions de droits immobiliers après décès, ceux-ci seraient rendus publics par le moyen de la transcription d'un certificat de propriété délivré par un notaire, qui serait en tout cas indépendant de la déclaration de succession, comme il est admis aujourd'hui pour les titres nominatifs et sa délivrance ne serait pas subordonnée au paiement des droits.

« Néanmoins, — ajoutait le texte de la proposition, — si la transmission s'opère indivisément au profit de plusieurs personnes, la transcription du partage est seule obligatoire ». M. Maguet proposa de rendre la transcription obligatoire pour les cohéritiers, ou pour les coindivisaires lorsque ceux-ci veulent passer des actes sujets à la transcription.

Mais dans la séance du 8 février 1928 (3), après de nombreux échanges de vues, reflétant les hésitations des uns et des autres, et après avoir mis en balance, d'une part, les faibles avantages d'une publicité dont l'inaccomplissement serait dépourvu de sanctions, et, d'autre part, les droits, taxes et frais que comporte toute formalité hypothécaire, la Commission, à l'unanimité, décida d'abandonner purement et simplement l'idée de la transcription des mutations à cause de mort et des actes déclaratifs.

En ce qui concerne la protection des tiers, on remarqua qu'elle est dès aujourd'hui assurée par la jurisprudence qui valide les aliénations et constitutions de droits consenties par l'héritier apparent au profit d'un tiers de bonne foi.

Quant à l'avantage d'établir la généalogie exacte des immeubles, on jugea qu'il ne suffirait pas à composer les dérangements et les frais qu'elle imposerait aux héritiers.

(1) *Bull.*, 1928, p. 258.

(2) V. n° 147 et s., 225, 255.

(3) *Bull.*, 1928, p. 169.

Il est vrai que la Commission avait songé à exempter de tous droits la transcription des mutations par décès, mais elle craignit qu'une telle dispense ne trouvât longtemps grâce devant les exigences du fisc à la recherche de la matière imposable.

Il est vrai encore que la Commission, pour empêcher un surcroît de besogne considérable aux bureaux des hypothèques avait proposé de restreindre l'obligation de transcrire aux mutations en faveur d'un seul héritier ; en cas de succession ouverte au profit de plusieurs héritiers on se serait contenté de la transcription de l'acte de partage. Mais on jugea qu'une semblable disposition eût apporté une brèche sérieuse au principe, puisque la mutation serait restée occulte pendant la période d'indivision qui peut être de longue durée.

C'est ainsi que la Commission fut amenée à admettre la même solution négative que pour les actes déclaratifs, dont le plus important est le partage. « Il ne serait guère raisonnable, on lit dans le rapport de M. Morel, de soumettre à la transcription le partage d'une succession immobilière, lors que la transmission des immeubles héréditaires à un seul héritier échapperait à toute publicité. Une pareille disposition constituerait une prime en faveur de l'héritier unique plus spécialement de l'enfant unique, tandis que les successions différées à plusieurs héritiers, se trouveraient grevées d'une charge supplémentaire » (1).

C'est ainsi que la Commission estima qu'elle s'était trompée en espérant procurer au public les avantages du livre foncier au moyen d'une meilleure application du système actuel. Elle déclara d'être d'avis que le procédé le plus simple et le plus économique pour se rapprocher du livre foncier consisterait dans les mutations cadastrales, intégrales et obligatoires. « La révision du revenu cadastral des propriétés non bâties, qui aura lieu prochainement, pourrait être le point de départ d'une nouvelle organisation des mutations cadastrales en France » (2).

196. *Suite. Domaine d'application de la publicité.* — Finalement ayant ainsi maintenu le statu quo pour les mutations par décès et pour les actes déclaratifs, le projet soumet à la transcription en premier lieu, les actes et conventions entre vifs à titre gratuit ou à titre

(1) *Bull.*, 1928, p. 229.

(2) Séance du 8 février 1928, *Bull.*, 1928, p. 259.

onéreux, tous jugements ayant pour objet de constituer, transmettre, modifier ou éteindre un droit réel, immobilier autre qu'un privilège ou une hypothèque (1).

En second lieu, le projet soumet à la transcription, comme la Loi de 1855, les baux de longue durée, mais en réduisant de 18 à 12 ans la durée au delà de laquelle le bail est soumis à la publicité, suivant la solution de la Loi du 1^{er} juin 1924, et en spécifiant que doit être soumise à publicité toute prorogation dont la durée ajoutée à celle restant à courir sur le bail prorogé excéderait douze années.

En troisième lieu le projet maintient la solution de la Loi de 1855 pour les quittances ou cessions de loyers ou fermages non échus mais en imposant la publicité toutes les fois que la cession porte sur plus d'une année de loyers ou fermages non échus (2).

Pendant la discussion à l'Assemblée générale (3) M. Casselin souleva la question de la transcription des promesses unilatérales de vente ou d'achat.

M. Capitant observa qu'aujourd'hui on n'est pas tenu de les transcrire, mais le Conservateur des hypothèques peut procéder à la transcription. On peut avoir intérêt à prévenir les tiers en transcrivant, car le polluant pourrait aliéner son immeuble entre la promesse et la réalisation. M. Morel expliqua que le texte du projet n'interdit pas au Conservateur de recevoir la transcription et on décida de laisser les choses au statu quo (4).

197. *Publicité des causes de résolution ou de révocation.* — Le projet innove, par contre, dans un domaine très intéressant, en soumettant à la transcription certaines causes d'éviction, qui, dans le droit actuel, échappent à toute publicité, bien qu'elles soient de nature à rejaillir contre les tiers.

Nous avons amplement étudié le problème des causes d'éviction,

(1) La formule, à peu de chose près, est celle du projet Darlan. En ce qui concerne les jugements, v. les observations ci-après.

(2) L'art. 3 sur la sanction du défaut de transcription que nous avons déjà examiné, dispose : « ... Toutefois, les baux qui n'ont point été transcrits peuvent être opposés à ces personnes pour une durée n'excédant pas douze ans. Les actes portant quittance ou cession de loyers ou fermages non échus, peuvent, s'ils n'ont pas été transmis, leur être opposés pour une durée n'excédant pas un an. »

(3) Séances du 19 avril 1929, *Bull.*, 1929, pp. 104 et s.

(4) V. n. 22.

en les considérant soit au moment où elles naissent, soit au moment où elles sont invoquées en justice, soit enfin, au moment où un jugement vient de les faire opérer.

La Société d'Etudes législatives aborda le problème de la publicité des causes d'éviction au moment de leur naissance, mais elle laissa de côté le problème de la publicité des demandes.

En ce qui concerne la publicité des extinctions, celle-ci fut comprise dans la disposition générale de l'art. 2 qui vise aussi tous jugements ayant pour objet d'éteindre un droit réel immobilier. La sanction est l'inopposabilité à toutes personnes ayant intérêt (art. 3).

La disposition de l'art. 4 de la Loi de 1855 resterait par suite abrogée et avec elle l'obligation de mentionner tout jugement prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit, dans le mois, à dater du jour où il a acquis l'autorité de chose jugée, en marge de la transcription faite sur le registre.

Mais cette disposition est remplacée, outre que par l'obligation de transcrire les jugements par la publicité que les résolutions d'actes transcrits reçoivent de la part du Conservateur, qui, suivant l'art. 13 déjà cité, est obligé de signaler dans une colonne spéciale du répertoire public, les résolutions d'actes transcrits.

Il y a lieu d'observer que le système adopté par la Société d'Etudes législatives est celui du projet Darlan (1). Dans le projet Darlan, l'art. 5 dernier alinéa, ordonnait en outre la mention en marge de la transcription, sans toutefois sanctionner cette obligation. Il fut critiqué par le Sénat qui se refusa de l'adopter (2).

Nous avons déjà dit dans quel sens la thèse du Sénat sur l'impossibilité de concilier la sanction de non-opposabilité avec l'effet rétroactif d'un jugement, peut être considérée sans fondement. Nous renvoyons par conséquent aux observations qui ont servi pour combattre cette thèse. Toujours est-il que la question n'est pas simple et il est assez étrange que ni les procès-verbaux, ni les rapports de la Société d'Etudes législatives, ne relatent aucune discussion à ce propos.

On sait que si dans un système de publicité à force probante l'annulation ne peut être opposée au tiers qui a traité avec le propriétaire dans l'ignorance du vice qui entachait le droit de ce dernier, en l'absence d'un contredit inscrit au livre foncier, dans un système qui

(1) V. n° 152.

(2) V. n° 154.

rejette le principe de la force probante l'annulation du droit du propriétaire entraîne nécessairement l'éviction du sous-acquéreur même de bonne foi.

Par suite, dans le projet de la Société d'Etudes législatives, les causes d'évictions qui sont les conséquences d'un vice entachant le droit du propriétaire, continuent à rejaillir sur les tiers.

Rien est innové, par conséquent, en ce qui concerne les actions en nullité ou en rescision.

Mais, tout en ayant été régulièrement acquis, le droit d'un propriétaire peut être soumis à une cause de résolution ou de révocation.

La Commission, s'inspirant de l'art. 7 du projet Darlan (1) et d'une disposition analogue du droit Alsacien-Lorrain (2) décida, sans distinction entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit, que « la résolution ou révocation de tout acte assujetti à la transcription ne produit d'effet à l'égard des tiers, dont le droit est né antérieurement à la demande, que si la cause de résolution ou de révocation a été mentionnée dans l'acte transcrit » (art. 4).

Cette disposition est susceptible de s'appliquer à l'action résolutoire de l'art. 1184 du Code civil, au droit de réméré, à la résolution résultant de l'exercice du retrait d'indivision (3), au droit de retour conventionnel, à l'action en révocation d'une donation pour cause de survenance d'enfant, à la résolution du rapport dans le cas où ce dernier doit être fait en nature. « Toutefois, dispose l'art. 4, cette disposition ne s'applique pas à l'action en réduction des libéralités qui excèdent la cotité disponible ».

Au sein de la Commission, M. Capitant fit remarquer que l'on ne pourrait exiger la publicité dans ce cas sans gravement sacrifier les intérêts des enfants (4):

On sait que la révocation des donations pour cause d'ingratitude ne rétroagit pas à l'égard des tiers (art. 958, C. civ.) : « il n'est rien modifié, ajoute l'art. 4, à la disposition de l'art. 958 Code civ. ».

(1) V. n° 152.

(2) Art. 38, v. n° 179.

(3) L'art. 38 de la loi du 1^{er} juin 1924 laisse en dehors cette cause d'éviction ; v. n° 179.

(4) *Bull.*, 1928, p. 254.

La Commission avait adopté d'abord le texte du projet Darlan (1) qui visait « l'action en résolution », mais elle ajouta après les mots « ou en révocation » pour viser plus spécialement les donations (2).

Sur observation de M. Cotelle, et après une longue discussion, la Commission fut amenée à parler seulement de « résolution ou révocation » admettant qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre l'action en résolution et la résolution elle-même.

En tout cas la Commission jugea que la disposition ne pourrait s'appliquer aux créanciers postérieurs à la demande et elle spécifia qu'il ne s'agit que des tiers « dont le droit est né antérieurement à la demande ».

Il y a lieu de remarquer qu'aucun système de mention de la demande en marge de l'acte résoluble ou révocable n'ayant été envisagé par le projet, les tiers dont le droit est né postérieurement à la demande restent sans défense et exposés à l'éviction. Le projet contemple seulement une mention des résolutions d'actes transcrits au soin du Conservateur dans une colonne du répertoire public.

La Commission avait en outre pensé à imposer comme le fait le droit Alsacien-Lorrain (3) la publicité des causes d'inaliénabilité, d'insaisissabilité et d'une façon générale les restrictions au droit de disposer, contenues dans les actes d'aliénation (4) ; mais elle renonça à insérer cette disposition dans son projet sur la considération que la question ne présente d'intérêt pratique que pour les clauses insérées dans un testament, celles qui figurent dans une vente ou une donation étant nécessairement rendues publiques par la transcription de l'acte, étant donné la forme de publicité adoptée.

Quant aux clauses testamentaires il ne sembla pas qu'il y eût un grave inconvénient à n'en pas assurer la publicité, l'acquéreur ou le prêteur ne traitant jamais sans avoir pris connaissance du titre de son vendeur ou de son emprunteur. Comme, d'autre part, les testaments ne sont pas soumis à la publicité, la solution adoptée évite de soumettre à la transcription certaines clauses d'un acte, alors que cet acte lui-même en est dispensé (5).

(1) V. n° 152.

(2) Séance du 25 janvier 1928, *Bull.*, 1928, p. 257.

(3) Art. 38, v. n° 179.

(4) V. *Bull.*, 1928, séance du 21 décembre 1927, p. 255.

(5) Rapport Morel, *Bull.*, 1928, p. 231. Séances de la Commission du 22 février 1928, *Bull.*, 1928, p. 260 et du 7 mars 1928, *Bull.*, 1928, pp. 261 et s.

Il ressort du texte de l'art. 4 que la condition résolutoire tacite de l'art. 1184 serait supprimée dans ses effets vis-à-vis des tiers. Lorsque dans un acte une cause de résolution n'aura pas été mentionnée, elle ne vaudra pas à l'égard des tiers (1).

Dans la discussion en Assemblée générale, M. Lyon-Caen se prononça contre cette suppression de la condition résolutoire tacite et M. Grange et Cotelle abondèrent dans le sens des observations de M. Lyon-Caen. M. Grange montra d'interpréter la disposition de l'art. 4 dans le sens qu'elle comprenne l'action en rescision pour cause de lésion (2) et il ne fut pas contredit ; mais il faut interpréter cet article dans le sens qu'il laisse de côté les causes d'évictions qui sont les conséquences d'un vice entachant le droit du propriétaire, parmi lesquelles il faut ranger les actions en rescision (3).

En ce qui concerne les actions qui peuvent attaquer le partage d'ascendant, les actions en nullité pour omission de l'un des enfants ou pour violation de l'un des articles 826 et 832, ainsi que l'action en rescision pour cause de lésion de plus du quart seraient écartées de la publicité pour cette même raison. Quant à l'action en réduction à exercer au cas où l'un des descendants a reçu un avantage plus grand que la Loi ne le permet, elle serait peut-être visée par l'alinéa de l'art. 4. De toute manière elle serait écartée de la publicité.

198. *Privilèges généraux.* — En ce qui concerne les privilèges généraux, la solution qui a prévalu en Belgique et dans la législation des départements recouvrés (4) qui avait été adoptée par la sous-commission juridique du cadastre (5), dans sa séance du 21 juin 1891, fut adoptée par la Société d'Etudes législatives ; les créanciers à privilège général passeront désormais après les créanciers à privilège spécial et après les créanciers hypothécaires ; par contre, une fois ceux-ci désintéressés, ils viendraient sur le prix de l'immeuble, par préférence à tous les créanciers chirographaires. Seul le privilège des frais de justice n'est

(1) M. Capitant et M. Morel, Assemblée générale du 19 avril 1929, p. 112.

(2) *Bull.*, 1929, p. 112.

(3) Dans ce sens, le rapport de M. Morel, *Bull.*, 1928, p. 230 ; dans ce sens, l'exposé des motifs du projet Darlan qui contenait une disposition analogue, v. n° 152, ainsi que nous l'avons déjà remarqué.

(4) Suivant notre interprétation, v. n° 184.

(5) V. n° 122.

pas soumis à cette restriction : il demeure opposable aux créanciers hypothécaires, en faveur desquels les frais ont été engagés (1).

199. *Privilèges spéciaux sur les immeubles.* — Pour ce qui est du privilège du vendeur d'immeubles, nous avons montré que le principe actuel d'après lequel la transcription vaut inscription, sauf obligation pour le Conservateur de prendre inscription d'office, ne va pas sans inconvénient (2). La Société d'Etudes législatives, voulant « ramener ce privilège à l'alignement du droit hypothécaire » et s'inspirant sur ce point du projet sénatorial de 1908, propose d'abandonner la règle que la transcription de la vente vaut inscription du privilège, et de décider que celui-ci ne sera désormais conservé que par une inscription, comme tout autre privilège. Mais, en vue de ménager l'intérêt du vendeur, il est prescrit au Conservateur des hypothèques de prendre une inscription d'office au moment de la transcription de l'acte translatif de propriété.

Dans le système proposé, il y a lieu toujours de prendre une inscription d'office, mais c'est cette inscription qui, seule, conservera le privilège du vendeur. M. Lyon-Caen critiqua cette solution qui fait dépendre la conservation du privilège du vendeur de la diligence non pas du vendeur ou de son mandataire, mais d'un fonctionnaire public. Mais M. Capitant fit observer que l'avantage du système c'est qu'il n'y a rien à payer pour cette inscription et que d'ailleurs il n'y a pas un Conservateur, étant donné sa responsabilité, qui, quand il fait une transcription, ne prenne inscription d'office (3).

D'autre part, le privilège n'est conservé que si l'inscription est prise dans un délai de quarante-cinq jours, à dater de l'acte de vente (4) : passé ce délai, le privilège dégénérera en hypothèque conformément à la règle de l'art. 2113 C. civ. Il est d'ailleurs prescrit que, même si l'acte est présenté à la transcription après l'expiration de ce délai, le Conservateur des hypothèques devra prendre l'inscription d'office.

(1) Rapport Morel, *Bull.*, 1928, p. 233 ; Texte, art. 10, *Bull.*, 1929, p. 181. M. Lyon-Caen déclara que cette disposition lui semblait inopportune et contraire aux tendances de la législation moderne, *Bull.*, 1929, p. 118. Quant aux projets Darlan, etc., v. n° 157.

(2) V. n° 71.

(3) *Bull.*, 1929, p. 120.

(4) Par analogie avec la loi de 1900 sur les fonds de commerce.

Quant aux événements susceptibles d'arrêter le cours des inscriptions, le vendeur n'aurait plus lieu de redouter une revente hâtive suivie d'une transcription : en effet, par le jeu du principe relatif de l'inscription, le second acquéreur ne pourrait faire transcrire son titre avant que celui de son auteur, c'est-à-dire la première vente, ait été lui-même transcrit. Dans ces conditions, l'art. 6, al. 2 de la Loi du 23 mars 1855 perd son utilité. Par contre, la Société d'Etudes législatives a estimé qu'il importait de prémunir le vendeur contre le danger d'une faillite de l'acheteur ou de sa mort, suivie d'acceptation bénéficiaire ou de vacance de sa succession, lorsque ces événements surviennent dans un bref délai après la vente ; elle a décidé à cet effet, que le privilège pourra être inscrit avec tous ses effets dans le délai de quarante-cinq jours, nonobstant l'un de ces événements. Inscrits dans ce délai, il serait opposable à tous ceux qui auraient acquis un droit du chef de l'acheteur et par conséquent à la faillite de celui-ci. M. Lyon-Caen s'opposa à cette solution, qui serait nuisible à la masse des créanciers, mais M. Capitant montra au contraire l'injustice de la solution actuelle qui enrichit le patrimoine du failli au détriment du vendeur (1).

En ce qui concerne l'action résolutoire, le projet complète l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855, qui a établi une certaine solidarité entre cette action et le privilège du vendeur. On sait que l'interprétation de cet article a soulevé des difficultés en cas de faillite de l'acheteur et d'acceptation bénéficiaire de sa succession (2). Le texte adopté par la Société d'Etudes législatives supprime ces controverses en liant complètement le sort de l'action résolutoire à celui du privilège ; l'extinction de ce dernier faute soit d'inscription dans le délai de quarante-cinq jours, soit de renouvellement de l'inscription dans le délai de dix ans, entraînerait nécessairement la perte de l'action résolutoire (3).

L'art. 5 du projet ne vise que l'action résolutoire de l'art. 1654 ; mais désormais la cause de résolution visée par cet article est assujettie à la transcription et il n'y a plus lieu de distinguer entre l'action de l'art. 1654 et l'action résolutoire expresse prévue par l'art. 1656 du Code civil.

On pourrait d'ailleurs observer que le système de la publicité des

(1) *Bull.*, 1929, p. 123.

(2) V. n° 58.

(3) Art. 5 du projet définitif, v. Rapport Morel, pp. 234, 235. Séance de la Commission du 22 février 1928, *Bull.*, 1928, pp. 260 et s.

causes de résolution rend douteuse la nécessité de conserver le système qui solidarise l'exercice de l'action résolutoire et la conservation du privilège. On se rappelle que dans le système de la Loi belge, qui étend cette règle à l'action en révocation de la donation pour inexécution des charges, la validité n'a pas lieu au cas de clause expresse de résolution.

Le projet de la Société d'Etudes législatives soumet le privilège des copartageants, au point de vue de la publicité, à un régime analogue à celui adopté par le privilège du vendeur : sa conservation serait subordonnée à une inscription dans le délai de quarante-cinq jours à dater de l'acte de partage ou de la licitation, inscription qui assurerait au privilège toute son efficacité, même vis-à-vis de la faillite du copartageant débiteur, nonobstant toute transcription ou inscription effectuée du chef de ce dernier, et qui pourrait avoir lieu dans ledit délai, malgré sa faillite, sa liquidation judiciaire ou son décès suivi d'acceptation bénéficiaire ou de vacance de succession (1).

Le projet réduit de six à quatre mois à compter de l'ouverture de la succession, le délai imparti pour effectuer l'inscription de la séparation des patrimoines. Cette réduction a paru nécessaire pour ménager le crédit de l'héritier. En effet, tant que court le délai pour inscrire le privilège, on ne se montrera guère disposé à traiter avec l'héritier relativement aux immeubles héréditaires, puisque le privilège inscrit en temps utile, produira tous ses effets au regard des tiers nonobstant toute inscription du chef de l'héritier. Il est donc préférable de restreindre au minimum cette période d'incertitude.

La Société d'Etudes législatives n'a d'ailleurs entendu porter en rien atteinte aux effets habituels de la séparation des patrimoines ; celle-ci continuerait à n'être opposable qu'aux créanciers personnels de l'héritier, mais n'assurerait au créancier ou légataire ayant pris inscription aucun droit de préférence à l'encontre des autres créanciers de la succession ou des autres légataires. Nous avons dit que l'avant-projet de la sous-commission juridique du cadastre adoptait sur ce point la solution contraire (2).

Au sein de la Commission (3), on observa qu'en législation il serait souhaitable que l'inscription prise par un créancier du défunt,

(1) Art. 10 du projet, v. Rapport Morel, *Bull.*, 1928, p. 235.

(2) V. n° 124.

(3) Séance du 22 février 1928, *Bull.*, 1928, p. 261.

profitât à tous les autres et aux légataires, en sorte qu'il n'y eût jamais qu'une inscription par succession. Mais cette réforme, — on remarqua, — serait d'une application difficile, notamment en ce qui concerne la fixation de la somme pour laquelle l'inscription serait prise, et la détermination des personnes ayant qualité pour faire opérer la radiation. D'ailleurs, elle touche plus au régime des successions qu'au régime hypothécaire (1).

La Société d'Etudes législatives a donc décidé de s'en tenir au système actuel de l'inscription individuelle : en revanche, une fois, inscrite dans le délai de quatre mois du décès, la séparation des patrimoines emporterait formellement droit de suite. Prise postérieurement à l'expiration de ce délai, l'inscription vaudrait toujours à sa date conformément à l'art. 2113 (2).

Quant au privilège des architectes et entrepreneurs, la Société d'Etudes législatives propose de le supprimer purement et simplement. L'imprécision des textes du Code civil qui le réglementent, la disproportion entre les frais qu'entraîne sa conservation et l'avantage procuré ont amené depuis longtemps les intéressés à ne plus s'en prévaloir.

200. *Hypothèques*. — Dans le but de ne laisser subsister aucune hypothèque occulte, aucune hypothèque garantissant des créances indéterminées ou des biens à venir, la Société d'Etudes législatives commença par abroger l'art. 2130 du Code civil (3), suivant l'exemple de la Belgique et de l'Italie.

Nous avons vu que la sous-commission juridique du cadastre appliquait sans réserve le double principe de publicité et de spécialité aux hypothèques légales de la femme mariée et des personnes en tutelle (4) et que ces solutions avaient été incorporées dans le projet Darlan, mais elles avaient été abandonnées par le Sénat et la Chambre (5).

(1) V. réponse de M. Capitant aux observations de M. Magnét, dans l'Assemblée générale du 7 juin 1929, *Bull.*, 1929, pp. 132 et s. M. Capitant déclara de reconnaître que ces modifications seraient utiles et qu'elles s'imposeraient le jour où l'on procéderait à une réforme du régime des successions.

(2) V. *contra* projet de la Commission du cadastre, n° 124.

(3) V. n° 79.

(4) V. n°s 126, 127.

(5) V. n°s 160, 161.

La Société d'Etudes législatives, quoique sollicitée par certains de ses membres de supprimer l'hypothèque légale de la femme mariée, ou de la maintenir à l'état occulte (1), jugea préférable de la conserver, tout en la soumettant d'une manière absolue à la règle de la publicité et à celle de la spécialité, tout au moins quant aux créances garanties.

En règle générale et sans exception, l'hypothèque légale de la femme mariée ne prendrait rang que du jour de son inscription. L'inscription pourrait être prise avant le mariage pour raison de la dot et des conventions matrimoniales, mais dans ce cas elle n'aurait d'effet que du jour du mariage. Elle pourrait être prise au cours du mariage ou après sa dissolution, pour la dot et les conventions matrimoniales si inscription n'avait pas été prise de ce chef avant le mariage et pour toute créance que la femme pourrait acquérir contre le mari.

La femme pourrait prendre autant d'inscriptions qu'il surviendrait d'événements justifiant cette mesure (succession, pension alimentaire). Chaque inscription que ne vaudrait qu'à sa date, devrait indiquer le montant de la créance garantie ou faire une évaluation provisoire : dans ce dernier cas, son effet serait limité à la somme indiquée. L'inscription de l'hypothèque légale de la femme mariée serait dispensée du renouvellement décennal jusqu'à l'expiration de l'année qui suivrait la dissolution du mariage.

Il a paru que ces dispositions, à elles seules, suffiraient à sauvegarder le crédit du mari et qu'il serait inutile d'imposer en outre la spécialité du gage hypothécaire : c'est en effet l'indétermination de la créance garantie qui est nuisible au crédit du débiteur plutôt que la généralité du gage hypothécaire : or, au premier point de vue, la spécialisation nécessaire de la créance dans l'inscription donnerait toute satisfaction aux exigences du crédit. Le projet décide donc que, sauf indication contraire, l'inscription frappera tous les immeubles compris dans la circonscription du bureau où elle sera requise, sans qu'il soit besoin d'une plus ample désignation. Il est au surplus spécifié que l'inscription ne portera que sur les immeubles présents du mari, au jour où elle sera prise.

(1) Séance du 7 mars 1928, *Bull.*, 1928, p. 262. M. Capitant était pour la suppression (*Bull.*, 1929, p. 134) ; M. Roger (*Bull.*, 1928, p. 262) pour le maintien de la clandestinité.

La femme ayant le pouvoir de ne pas prendre inscription ou de ne pas renouveler l'inscription prise, le projet lui accorde logiquement le droit de donner mainlevée dans tous les cas, même au profit du mari. Cette faculté n'est cependant reconnue qu'à la femme majeure. Au cas où les époux seraient mariés sous le régime dotal, la femme mariée ne pourrait donner mainlevée qu'à la condition d'y être autorisée par son contrat de mariage.

Ce système amoindrirait sans doute la valeur de la garantie que constitue actuellement par la femme l'hypothèque générale et occulte qui lui est conférée par le Code ; mais une telle sûreté fait trop bon marché du crédit hypothécaire du mari, sans compter les formalités et les frais qu'elle entraîne en particulier par la nécessité où se trouvent les acquéreurs de procéder à la purge toutes les fois qu'ils n'ont pu obtenir une renonciation de la femme à son hypothèque.

Avec le projet, il dépendrait désormais de la femme, ou de ses parents avant le mariage, de se ménager une garantie si cela apparaît opportun.

Afin d'éviter toute surprise le projet oblige le notaire, lors de la signature du contrat de mariage, à faire connaître ses droits à la femme. D'autre part, afin que la femme ne soit pas indirectement privée de cette garantie pour une question de frais, le projet dispose que l'inscription ne donnera lieu à la perception d'aucune taxe.

Cette législation aurait pour conséquence d'abroger un grand nombre de dispositions, en particulier celles prescrivant au Ministère public de requérir, dans certains cas, l'inscription de l'hypothèque des femmes mariées, notamment en cas de saisie immobilière (art. 692 C. pr. civ.). De même la purge de l'hypothèque légale des art. 2193 et suiv. C. civ., la purge spéciale du Crédit foncier et toutes les institutions qui dériveraient du caractère général et occulte de l'hypothèque n'auraient plus de raison d'être.

En ce qui concerne la subrogation à l'hypothèque légale, le projet maintient la règle que la subrogation doit être faite par acte authentique, et les subrogés n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de l'hypothèque prise à leur profit ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante.

M. Capitant, président de la Commission, déclara dans l'Assemblée générale, que la véritable réforme consisterait à supprimer

l'hypothèque légale, ce qui entraînerait tout naturellement des modifications profondes dans les régimes matrimoniaux (1).

Un régime analogue serait, *mutatis mutandis*, appliqué à l'hypothèque légale des personnes en tutelle : elle aussi ne prendrait rang que du jour de son inscription, opérée à la requête du Conseil de famille. Celui-ci devrait, à l'ouverture de toute tutelle, délibérer sur l'opportunité de prendre inscription sur les biens du tuteur, et, dans l'affirmative, fixer la somme sur laquelle il serait pris inscription et désigner les immeubles qui seraient grevés ; il pourrait toujours, au cours de la tutelle, notamment si le mineur recueillait une succession ou si le tuteur acquérait des immeubles, prescrire qu'il soit pris une première inscription ou des inscriptions supplémentaires lorsque les intérêts de l'incapable paraîtraient l'exiger : à cet effet, le Conseil de famille serait convoqué à la diligence du tuteur ou du subrogé tuteur, ou d'office par le juge de paix. Des raisons de convenances familiales interdisant de confier ce soin au subrogé tuteur, c'est le Juge de paix qui serait chargé de prendre l'inscription en exécution de la décision du Conseil de Famille. L'inscription pourrait également être prise par le pupille après sa majorité ou son émancipation, par l'interdit après la mainlevée de l'interdiction, ou par les héritiers du mineur ou de l'interdit.

L'hypothèque des personnes en tutelle serait soumise, quant à la spécialité des créances aux mêmes règles que l'hypothèque de la femme mariée ; comme cette dernière elle s'appliquerait à tous les biens présents du débiteur du jour de l'inscription.

La mainlevée totale ou partielle de l'inscription grevant les biens du tuteur pourrait être autorisée par le Conseil de famille, qui délèguerait le subrogé tuteur ou tout autre membre pour signer l'acte de mainlevée. L'inscription ne donnerait lieu à la perception d'aucune taxe et elle serait dispensée de renouvellement jusqu'à la fin de l'année qui suit la cessation de la tutelle.

Les dispositions relatives à l'hypothèque de l'Etat et des personnes morales administratives sur les biens des comptables, le projet maintient la règle actuelle de la nécessité de l'inscription, et, en outre, il soumet cette hypothèque (2) à la double spécialité du gage hypothécaire et des créances garanties.

(1) *Bull.*, 1929, p. 134.

(2) V. Projet de la Commission du cadastre, n° 128.

Enfin le projet supprime l'hypothèque judiciaire résultant des jugements de reconnaissance de dette ou de vérification d'écriture. Pour l'hypothèque des jugements de condamnation la Société d'Etudes législatives fut d'avis qu'elle devait subsister tant que la faillite civile ne serait pas organisée (1).

Le projet maintient la nécessité de l'inscription, la spécialité quant aux créances et la généralité quant aux biens.

Il n'a pas paru possible de la rendre spéciale quant aux biens, à raison de la difficulté qu'éprouveraient les créanciers à connaître les biens de leurs débiteurs. En tout cas, elle ne porterait que sur les biens présents du débiteur au jour de l'inscription.

(1) V. n^{os} 80, 125.

CHAPITRE VI

Les projets de réforme de la publicité foncière en Italie

SECTION I

Le système du Code civil de 1865

201. *Historique de la publicité avant l'introduction du Code civil de 1865.* — En Italie, le droit romain ayant survécu aux invasions barbares, on peut dire que le principe de la publicité n'eut pas d'application jusqu'au moment de la réunion de l'Italie à la France par suite de la conquête napoléonienne (1). Jusqu'à la chute de l'Empire, la publicité immobilière releva par conséquent du Code Napoléon : publicité imparfaite, comme nous l'avons montré.

Au lendemain de la chute de la domination française le Code français cessa de constituer le droit commun de l'Italie et par suite d'une réaction politique il fut abrogé.

Mais bientôt on s'empessa partout à faire revivre les principes de la publicité en en étendant sensiblement la portée. Dans le royaume Lombardo-Vénitien, qui adopta le Code civil autrichien de 1811, le système tabulaire ne fut pas appliqué et resta en vigueur le système français, qui fut légèrement modifié pour le mettre en harmonie avec les principes du Code (2). Le Code Sarde de 1827 et celui des Deux-Siciles, le règlement hypothécaire des Etats

(1) Sauf quelques tentatives de publicité par registres fonciers à Venise (XIII^e siècle), à Florence (XIV^e siècle), à Naples (XVII^e siècle) et à Parme (XV^e et XVIII^e siècles). V. Pertile, *Manuale di Storia del dir. it.*, 2^e éd., IV, pp. 244 et s. ; Ercole, *Di alcuni precedenti della trascrizione secondo la legge parmense negli Studi in onore di Brugi*, p. 520 ; Brugi, *Della Proprieta*, U. T. E. T., 1923, V. I, pp. 84 et s. ; Coviello, *Della Trascrizione*, V. I, Naples, 1897, n. 45.

(2) Patente Impériale, 28 septembre 1815 ; contrairement à ce que dit M. Besson, *op. cit.*, p. 207, v. Cassazione Roma, Sezioni Unite, 13 avr. 1932, *Giur. Ital.*, I, 1, 631, note.

Romains du 10 novembre 1834, le Code civil des Etats de Parme du 1^{er} juillet 1820, la loi hypothécaire de Toscane du 2 mai 1836 étaient modelés sur le Code Napoléon, mais en même temps ils faisaient une application beaucoup plus large du principe de la publicité. En Toscane (art. 117-119) et dans les Etats du roi de Sardaigne, la transcription n'était requise que pour arrêter le cours des inscriptions d'hypothèque, mais dans le royaume des Deux-Siciles une loi du 31 janvier 1843 modifia le Code civil de 1819 dans le sens que la transcription eût décidé de la préférence entre deux acquéreurs de même immeuble au lieu de l'antériorité du titre. Dans les Etats Romains un *motu proprio* de Grégoire XIII du 10 novembre 1834 exigea la transcription de tous les actes translatifs ou emportant diminution de la propriété, et, enfin, dans les Etats de Parme le Code du 25 octobre 1851 ordonna la transcription même des actes déclaratifs, excepté le partage.

Indépendamment de la transcription des titres de transfert, toutes les législations de l'Italie s'accordaient à exiger la publicité des hypothèques, mêmes légales et les notaires et les greffiers étaient tenus, sous des sanctions pénales variant de l'amende aux dommages-intérêts et à la destitution, de pourvoir à l'inscription de l'hypothèque légale des incapables dans un certain délai à partir du mariage ou de la tutelle.

L'efficacité du privilège du vendeur était subordonnée à l'inscription de ce droit dans un délai de rigueur, de trois mois dans les Etats sardes, de deux mois dans les Deux-Siciles et d'un mois en Toscane. Dans les Etats Romains il suffisait de la transcription de l'acte de transfert pour conserver le privilège, de même qu'en France.

Les inscriptions hypothécaires étaient dispensées du renouvellement en Toscane, elles conservaient leur effet pendant quinze ans dans la loi sarde.

Il y a lieu de remarquer que, suivant cette loi, la transcription, préliminaire obligé de la purge, ne consistait pas dans la copie littérale du titre sur les registres du conservateur, mais dans le dépôt au bureau des hypothèques d'une copie authentique de l'acte, accompagnée d'une note (ou bordereau) indicative de la nature du bien aliéné et des numéros du cadastre (art. 2304) : ce système fut adopté par le Code italien. Préalablement à la transcription, le contrat translatif devait être insinué, c'est-à-dire déposé par le notaire entre les mains des échevins établis pour cet objet dans chaque district d'insinuation. De plus, le Code Sarde exigeait la

forme authentique aux conventions translatives ou déclaratives de la propriété foncière, aux contrats hypothécaires, aux baux de plus de neuf ans, et aux donations (art. 1412 et 1420 du Code Sarde).

Il y a lieu aussi de remarquer que l'art. 1661 de ce Code décidait que « le vendeur d'un immeuble ne peut demander la résolution de la vente pour cause de non paiement du prix ». L'art. 32 du Code toscan disposait : « les hypothèques ne se résolvent ni ne s'annulent et continuent à exister lorsque la résolution ou l'annulation du droit de l'acquéreur est un effet de l'action rescisoire pour cause de lésion, ou de l'action révocatoire pour une cause quelconque dans les donations, ou de la clause relative au prix d'achat ou de vente, sauf, dans ce cas, à la partie à laquelle retournent les biens à se faire allouer une indemnité contre la personne qui a hypothéqué ces biens. »

On trouve ici l'amorce du système adopté par le Code italien.

L'art. 1867 du Code des Etats d'Este décide que la condition résolutoire n'est pas sous-entendue dans la vente d'un immeuble pour cause de non paiement du prix. Une clause expresse peut être insérée dans le contrat, mais elle doit être transcrite et le droit de résolution ne peut être exercé que dans le délai de cinq ans. Le vendeur a toutefois le privilège (art. 2139, n° 1) qui est conservé par la transcription et doit être inscrit d'office par le conservateur, le vendeur étant dispensé de l'inscription. Il n'y avait pas de délai pour transcrire, mais la transcription d'une nouvelle vente pouvait éteindre le privilège.

L'art. 1972 du Code de Parme décide également que la condition résolutoire n'est pas sous-entendue mais qu'elle peut être expressément convenue. Le privilège doit être inscrit dans le délai de 30 jours. Le défaut d'inscription du privilège n'entraîne pas la perte de l'action résolutoire, mais du seul privilège.

Il ressort de ce rapide aperçu que la législation des Etats italiens s'engagea dans la voie de la publicité avant la France et la Belgique.

202. *Le système du Code civil. Généralités. La forme de la transcription et l'instrument extérieur de la publicité* (1). — Après l'unification de l'Italie, le régime foncier fut réglé par le Code civil du 2 avril 1865, mis en vigueur à partir du 1^{er} janvier 1866.

(1) Mirabelli, *Dei principi fondamentali dell'istituto della Trascrizione secondo il c. c. it.* (Arch. Giur., XXXVII, 1886 pp. 8 et s.) ; Marchi, *la Pubblicità dei passaggi riguardanti gli immobili* (ib., LIII, 1894, pp. 544 et s.) ; Coviello, *Della*

Le système du Code civil, quoique modifié par plusieurs lois de date récente, constitue toujours la base du régime actuel, de sorte que nous devons d'abord en exposer les principes essentiels avant de montrer les modifications apportées par les dites lois et avant d'aborder l'examen des projets de réforme de la législation actuelle.

Le Législateur italien a mis à contribution les travaux de l'Assemblée législative de 1850 et la loi belge de 1851 ; mais les règles les plus caractéristiques relatives à la forme de la transcription et à la restriction des effets de certaines actions à l'égard des tiers, ont leur source dans l'ancienne législation des divers Etats de la péninsule.

La forme de la transcription, notamment, est celle de la loi sarde. La transcription littérale des actes de transfert est remplacée par le dépôt du titre au bureau des hypothèques et l'insertion, dans les registres du Conservateur, d'un extrait analytique de l'acte indiquant la nature et la situation de l'immeuble transmis, le numéro du cadastre ou des mappes de cens et trois au moins des confins (art. 1937 et 1979).

Plutôt que d'une véritable transcription, il s'agit donc d'une inscription, c'est-à-dire d'un enregistrement sommaire qui n'est que la copie de la note remise en double par le requérant avec l'expédition du titre de transfert (art. 1937).

S'il s'agit d'actes publics ou de jugements, le requérant doit remettre une expédition authentique ; s'il s'agit d'actes sous seing privé les signatures des parties doivent être d'abord authentiquées par un notaire ou certifiées judiciairement (1). Les jugements et les actes passés à l'étranger doivent être légalisés (art. 1935), et le requérant doit remettre l'original du titre, sauf au cas qu'il soit déposé aux archives publiques ou chez un notaire. Dans ce cas, une copie authentique suffirait.

Le titre ainsi remis reste déposé dans les archives de la Conservation des hypothèques, relié en volume. Quant aux deux notes, l'une revêtue de la relation de la transcription est restituée à la partie, l'autre, après avoir été copiée sur le registre des transcriptions, est conservée au bureau.

Trascrizione, 2 vol., Marghieri, Napoli ; Luzzatti, *Della Trascrizione*, 4^e éd., Turin, 1901.

(1) Conformément à la loi belge, art. 2.

En ce qui concerne l'inscription des hypothèques le Code civil italien maintient le système français qui est pareil à celui que nous venons d'exposer pour la transcription, à la seule différence que le Conservateur remet le titre qui lui a été présenté afin de requérir l'inscription, sauf en cas de la remise de l'original d'un acte sous seing privé authentiqué par un notaire et non déposé (ar. 1988, 1989, C. civ. ital.), car le Code italien n'exige pas l'acte authentique pour les constitutions d'hypothèque.

Ce système ne diminue pas les garanties de la transcription littérale puisque le dépôt des copies authentiques des titres de transfert, permet toujours de compléter les renseignements fournis par le registre des inscriptions (1).

La transcription peut être requise par n'importe qui ayant intérêt, mais la transcription une fois opérée profite à tous ceux qui y sont intéressés (art. 1941).

Dans le registre public, outre la copie de la note, le Conservateur doit indiquer la date de la présentation du titre, le numéro d'ordre du registre progressif ou d'ordre et le numéro du volume où le titre est relié.

Des précisions sont intéressantes à ce sujet.

Pour l'accomplissement des formalités, il y a tout d'abord, comme en France, un registre général ou d'ordre, équivalent au registre des remises ou dépôts, sur lequel les Conservateurs inscrivent jour par jour et par ordre numérique les remises qui leur sont faites afin de transcription, inscription ou annotation (2) (art. 2071 C. civ. ital.).

A côté de ce registre, il y a quatre registres distincts pour l'accomplissement des formalités que doit remplir le Conservateur :

- 1° le registre spécial des transcriptions ;
- 2° le registre spécial des inscriptions soumises au renouvellement ;
- 3° le registre spécial des inscriptions dispensées de renouvellement ;
- 4° le registre spécial des annotations.

Sur ces registres spéciaux le Conservateur porte la copie littérale des notes afin de transcription, inscription ou annotation.

(1) La loi belge a conservé le système des transcriptions littérales.

(2) V. après. L'annotation est appelée inscription dans la loi belge et mention dans la loi française.

En dehors de ces registres de formalités, la loi, pour faciliter les recherches, impose trois répertoires : un pour les transcriptions, un pour les créanciers, un pour les débiteurs, et, pour faciliter les recherches dans les répertoires, une table alphabétique qui contient les noms des créanciers, des débiteurs et des personnes contre et en faveur de qui existent des transcriptions ou des inscriptions et un index alphabétique des noms patronymiques (1).

Une page du répertoire des transcriptions est ouverte au nom de chaque personne contre ou en faveur de qui une transcription est relatée dans les registres. Une page des répertoires des créanciers et des débiteurs est ouverte à chaque créancier ou à chaque débiteur en faveur ou contre qui une inscription est relatée dans les registres des inscriptions.

Chaque page du répertoire des transcriptions est divisée en deux sections, et elle constitue un compte ; elle contient l'indication des transcriptions en faveur ou contre le titulaire avec indication de la date, des personnes, de la nature de l'acte, des biens, des annotations éventuelles et des registres où la transcription a été opérée.

Chaque page des répertoires des créanciers et des débiteurs contient l'indication de l'inscription, des noms des parties, du montant de la créance, des mentions éventuelles et des registres où l'inscription a été opérée.

Tous ces registres sont ouverts au public non seulement dans le sens que le Conservateur doit délivrer copie des transcriptions, inscriptions ou annotations ou un certificat négatif ; mais aussi dans le sens que toute personne a le droit de consulter elle-même ces registres. Toutefois on ne peut pas en prendre copie personnellement et sont défendues même les notes au crayon (2).

A ce point de vue la publicité est assurée d'une manière très imparfaite, mais beaucoup plus satisfaisante qu'en France.

203. *Domaine d'application de la publicité. Quatre catégories d'actes assujettis à la transcription. Les deux premières catégories.* — Dans le système du Code civil que nous examinons maintenant, les actes soumis à transcription par les articles 1932 et suivants, sont tout d'abord, à peu de chose près, ceux de la loi française de 1855. Comme en France échappent à la publicité les actes déclaratifs

(1) Instructions 30 décembre 1866, art. 4 et Règl. 25 septembre 1784, n° 2130.

(2) En pratique cette défense n'est pas respectée.

et les mutations par décès. Conformément à la loi française, le Code italien procède par voie d'énumération des divers droits susceptibles de transcription, à la différence de la loi belge qui procède par voie de disposition générale et compréhensive et comprend « tous actes entre vifs à titre gratuit ou onéreux translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers ».

Dans une première catégorie entrent les actes de constitution ou de transfert de droits immobiliers ; dans une deuxième catégorie, les baux de longue durée et les quittances ou cessions de loyers ou fermages non échus. Le Code, conformément à la loi belge, abaisse à neuf années la limite au delà de laquelle le bail est sujet à transcription et il comprend dans cette catégorie les contrats de société qui ont pour objet la jouissance de biens immeubles lorsque la durée dépasse neuf années ou elle est indéterminée.

Il y a lieu d'observer que le Code laisse en dehors l'antichrèse, qui, dans le droit italien ne rejaillit pas contre les tiers, notamment contre ceux qui ont acquis des droits réels sur l'immeuble (art. 1897 C. civ.) : elle n'est pas un droit réel et elle ne confère par un privilège (1).

L'art. 1932, qui vise ces deux catégories est ainsi conçu « Doivent être rendus publics au moyen de la transcription :

1° Les actes entre vifs, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, translatifs de propriété d'immeubles ou d'autres biens ou droits susceptibles d'hypothèques, autres que les rentes sur l'Etat ;

2° Les actes entre vifs constitutifs ou modificatifs de servitudes foncières, de droits d'usage ou d'habitation, ou translatifs de l'exercice du droit d'usufruit ;

3° Les actes entre vifs portant renonciation aux droits mentionnés aux deux numéros précédents ;

4° Les jugements de vente aux enchères de propriétés d'immeubles ou d'autres biens ou droits susceptibles d'hypothèque (2) autres que ceux rendus à la suite de la procédure de purge au profit du-

(1) La loi belge passe aussi sous silence l'antichrèse. Le projet franco-italien de Code sur les obligations, dispose que l'antichrèse ne confère pas de privilège aux créanciers, mais admet qu'elle puisse être opposée aux tiers. Dans ce but elle est soumise à la transcription.

(2) L'art. 685 du Code de procédure dispose que le jugement d'adjudication doit être transcrit aux soins du greffier, sous peine d'amende jusqu'à mille liras et des dommages-intérêts, dans le délai de dix jours. C'est le seul cas où le Code édicte l'obligation de requérir la transcription au greffier sous une sanction.

tiers détenteur qui a institué la procédure (1), et autres que ceux rendus sur licitation au profit d'un copartageant ;

5° Les baux d'une durée de plus de neuf années ;

6° Les contrats de société ayant pour objet la jouissance de biens immeubles, d'une durée de plus de neuf années ou indéterminée (2) ;

7° Les actes et les jugements constatant quittance ou cession de loyers ou fermages non échus pour une durée supérieure à trois années (3) ;

8° Les jugements qui déclarent l'existence d'une convention verbale de la nature ci-dessus exprimée (4).

204. *La troisième catégorie. Publicité des demandes.* — Mais à côté de ces actes, la loi italienne ordonne la transcription d'une particulière catégorie d'actes qui ont pour but l'anéantissement des effets d'une acquisition déjà accomplie, c'est-à-dire de certaines demandes en justice (art. 1933, n° 3) (5).

Le législateur italien a opéré un choix parmi les causes d'anéantissement des titres d'acquisition suivant que le titre est inexistant ou entaché de certains vices susceptibles d'en faire prononcer la nullité ou bien suivant que le titre est valable quoique affecté de certaines modalités de nature à en faire prononcer l'anéantissement en raison d'une cause extrinsèque à sa validité.

(1) Art. 2189 du Code civil français, v. n° 20.

(2) En France, le contrat de société est soumis à la transcription lorsque l'un des associés effectue en nature un apport d'immeuble pour sa mise. Cette décision est la conséquence de la théorie qui reconnaît la personnalité juridique à la société. V. n° 15.

(3) La loi de 1855 vise les quittances ou cessions d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus.

(4) Le n° 8 peut être difficilement concilié avec l'art. 1314 du même Code civil qui exige l'acte authentique ou l'acte sous seing privé pour les actes ci-dessus visés.

(5) Art. 1933 : « Doivent être également transcrits pour les effets spéciaux établis par la loi :

1° Le commandement dans la saisie immobilière ;

2° La déclaration d'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire en conformité de l'art. 955, alinéa ;

3° Les demandes en révocation, en rescision et en résolution indiquées aux articles 1080, 1088, 1235, 1308, 1511, 1553 et 1787.

La transcription de ces demandes sera annotée en marge de la transcription de l'acte d'aliénation. »

Quant aux premières, le législateur italien de 1865 décida de maintenir leur effet rétroactif ; en ce qui concerne les autres, il s'engagea dans la voie suivie par la Commission législative française de 1850 en décidant de rendre inopposable aux tiers le droit de résolution aussi longtemps qu'il n'ait pas pris la forme d'une action et que la demande n'ait pas été rendue publique, en aboutissant par ce moyen à la suppression de la cause d'éviction à l'encontre des tiers.

Le Code rangea dans cette catégorie :

1° L'action en résolution pour cause d'inaccomplissement des obligations du contrat, basée sur une clause expresse ou tacite, au cas de vente, d'échange et de rente (1) (art. 1511, 1553 et 1787 C. civ. it.) ;

2° L'action en rescision pour cause de lésion (art. 1308) dans la vente et le partage (art. 1529, 1038) ;

3° L'action en révocation pour cause d'inexécution des charges, pour cause d'ingratitude, pour cause de survenance d'enfant (art. 1080, 1088) ;

4° L'action révocatoire, dite paulienne (art. 1235) (2).

Il y aurait lieu de contester l'exactitude de l'application des principes en ce qui concerne l'action en rescision, car dans ce cas la cause d'éviction consiste plutôt dans un vice de l'acte d'acquisition que dans une modalité extrinsèque à sa validité.

La publicité est opérée par voie de transcription régulière de la demande suivant le même procédé de la transcription des autres actes. En plus, la loi exige la mention ou annotation en marge de la transcription de l'acte d'aliénation ; mais on juge que cette mention ne soit pas nécessaire (3) et elle n'est pas sanctionnée d'une amende.

(1) Il n'y a pas de doute au cas de rente perpétuelle (art. 1787) ; au cas de rente viagère, si on admet le pacte comissoire, la question est discutée.

(2) Cette disposition s'applique dans les cas qui sont une application de l'action paulienne. Nous avons déjà remarqué qu'à cette action on ne peut pas appliquer le principe *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. Dès lors, il y a lieu de remarquer que, tandis que dans les autres cas le Code civil italien limite les effets naturels de ce principe, dans le cas de l'action paulienne, il étend l'application du même principe en tant que ce principe, étranger à la nature de l'action, est appliqué aux tiers qui ont acquis des droits après la transcription de la demande.

(3) Coviello, II, p. 602 ; *Contra*, Cass., Turin, 7 mai 1898. V. un procédé analogue dans l'art. 958 du Code civil français. V. n° 61.

Restent par suite en dehors de la publicité les demandes en revendication et celles relatives à une action réelle, la demande en répétition de l'indû, les demandes en nullité qui font valoir l'inexistence d'un acte ou une nullité absolue, les demandes en déclaration de simulation, les demandes en annulabilité qui font valoir une nullité relative, incapacité, erreur, dol, violence. Il en est de même de la demande en réduction des donations et de la demande en résolution du bail emphytéotique lorsque l'immeuble est possédé par un tiers, qui aurait intérêt à connaître la résolution.

Il y a lieu de rappeler (1) que la Loi belge ordonne que les demandes en nullité ou en révocation de droits réels immobiliers soient rendues publiques par la voie de l'inscription, tout comme les décisions rendues sur ces demandes.

En ce qui concerne les décisions judiciaires, le Code italien contient une disposition analogue à celle de l'art. 4 de la Loi française de 1855 (art. 1934) (2).

Mais il faut observer que l'inscription des demandes de la Loi belge n'a point d'effets particuliers, car la Loi ne sauvegarde les droits des tiers acquis avant la publication de la demande que dans le cas où ni la révocation ni l'annulation ne sont de nature à préjudicier aux droits consentis avant l'action (art. 4, L. 16 décembre 1851 (3)).

Lorsqu'on est en présence d'une résolution agissant *ex tunc*, rétroactivement, la publicité de la demande procure aux tiers l'avantage de les prévenir des risques qu'ils courent en contractant avec le propriétaire menacé d'éviction et, notamment, en ce qui concerne les créanciers hypothécaires, l'avantage de leur permettre d'intervenir au procès en temps utile pour conjurer, dans la mesure du possible, les conséquences de la rétroactivité du jugement de résolution.

(1) V. n° 153, 165.

(2) Article 1934 : « Tout jugement prononçant l'annulation, la résolution, la rescision ou la révocation d'un acte transcrit doit être annoté en marge de la transcription de l'acte auquel il est relatif. L'annotation sera faite aux soins de l'avoué de la partie qui a obtenu le jugement, et, à défaut d'avoué, aux soins de la partie, dans le mois à dater du jour où il sera passé en chose jugée, sous peine d'une amende de 100 livres extensible à 200 livres.

(3) M. Laurent note qu'il faut effacer les mots ni annulations, car l'annulation n'opère jamais *ex nunc*, elle agit toujours rétroactivement (Laurent, XXIX, n° 230), v. aussi n° 153.

Seulement dans le cas où la révocation agit *ex nunc* l'inscription de la demande fixe le moment à partir duquel le propriétaire menacé par l'action révocatoire ne peut plus consentir au profit des tiers une aliénation ou une affectation hypothécaire. Dans ce cas la publicité de l'action intéresse surtout le demandeur, qui peut par ce moyen, limiter le préjudice résultant des actes de disposition consentis par le défendeur.

Le système du Code civil italien, moins complet quant à l'extension de la publicité des demandes, protège les droits des tiers même dans certains cas où la nature de l'action pourrait rejaillir sur eux en les anéantissant (1).

Le système du Code ne connaît pas les sanctions très efficaces édictées par la loi belge pour le défaut de cette publicité. D'une part la loi belge donne aux tiers une action en dommages-intérêts contre le greffier qui a délivré expédition de jugements de résolution avant qu'il lui ait été justifié de l'inscription prescrite par le Code ; d'un autre côté la loi fait un devoir au juge de ne pas recevoir la demande tant qu'elle n'a pas été inscrite. Cette exception peut être opposée en tout état de cause et le juge doit suppléer d'office cette fin de non recevoir.

205. *La quatrième catégorie. Acceptation bénéficiaire et commandement immobilier.* — Dans cette quatrième catégorie des actes qui doivent être transcrits, entrent l'acceptation sous bénéfice d'inventaire et le commandement immobilier, c'est-à-dire le commandement signifié au débiteur avant de procéder à la saisie immobilière.

La transcription de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire (art. 1933, n° 2), est exigée dans le but de faire connaître aux tiers la position juridique de l'héritier bénéficiaire (art. 955 et suiv.). Il y a lieu de remarquer toutefois qu'il s'agit d'une forme toute particulière de publicité. Le défaut de transcription n'importe pas déchéance du bénéfice d'inventaire. La transcription n'est pas requise seulement pour les successions relatives aux biens immeu-

(1) En ce qui concerne l'action résolutoire, le système français l'emporte aussi en Belgique ; mais la loi belge de 1851 (art. 28) soumet au même régime de l'action résolutoire du vendeur non payé de son prix l'action en reprise de l'objet échangé et l'action révocatoire de la donation pour cause d'inexécution des conditions. Toutefois le pacte commissoire exprès peut fonctionner même si le privilège est éteint. V. n° 58, p. 77, n. 1.

bles ; elle n'est pas opérée au bureau des hypothèques du lieu où se trouvent les biens, mais à celui du lieu de l'ouverture de la succession (art. 1938 et 955 C. civ.) ; elle ne doit pas être requise par l'héritier mais elle est mise à la charge du greffier. La faculté de l'héritier de payer créanciers et légataires dans l'ordre où ils se présentent à défaut d'opposition, ne commence qu'après un mois à partir de la transcription ; mais à défaut de transcription, l'héritier bénéficiaire sera admis à prouver par d'autres moyens, la connaissance de la part du tiers de la déclaration d'acceptation sous bénéfice d'inventaire (1).

La transcription du commandement dans la procédure de saisie immobilière (art. 1933, n° 1, 2085 C. civ. et 659 C. pr. civ.) a des effets analogues à ceux de l'art. 683 du Code de procédure civile français ; mais tandis que suivant la loi française, c'est seulement la transcription du procès-verbal de saisie qui frappe le bien saisi d'indisponibilité, dans la loi italienne c'est la transcription du commandement qui enlève au propriétaire le droit d'administration et de jouissance ; les fruits de l'immeuble échus depuis la transcription sont immobilisés et affectés par préférence au paiement des créanciers inscrits ; enfin le débiteur ne peut plus aliéner l'immeuble (art. 2085 C. civ.).

La jurisprudence décide qu'il n'est pas nécessaire que l'aliénation soit transcrite avant la transcription du commandement : le créancier n'est pas un tiers au sens de l'art. 1942 C. civ. En revanche il est un tiers au sens de l'art. 1327 (art. 1328 du C. civ. fr.) ; l'aliénation ne lui est donc opposable que si elle a acquis date certaine antérieurement à la transcription du commandement.

L'indisponibilité comprend les constitutions de droits réels ; mais à la différence de la jurisprudence française, la jurisprudence italienne admet qu'elle vise aussi les constitutions d'hypothèques (2) à l'exception cependant des hypothèques judiciaires ou légales.

206. *L'annotation.* — Il y a lieu de rappeler que la loi italienne connaît, à côté de la transcription proprement dite, la mention ou annotation que nous avons déjà rencontrée en ce qui concerne les demandes et les jugements (art. 1932 et 1934 C. civ.).

(1) Cass., Rome, Sezioni Unite, 21 janvier 1932, *Giur. It.*, 1932, I, 1, 288.

(2) En Belgique, l'art. 27 de la loi de 1854 le dit expressément.

L'art. 666 Cod. pr. civ. impose l'annotation du jugement qui ordonne la vente dans la procédure de saisie immobilière en marge de la transcription du commandement dont nous venons de parler.

Nous rencontrerons cette forme de publicité marginale en ce qui concerne l'inscription.

207. *Les effets de la transcription.* — Le Code italien assigne à la transcription le rôle restreint qui lui est dévolu par la Loi du 23 mars 1855. L'art. 1942 du Code civil italien reproduit en substance la disposition de l'art. 3 de ladite loi (1).

Il fait disparaître la différence entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit ; mais tandis que la loi belge de 1851 permet aux créanciers chirographaires d'opposer le défaut de transcription, dans le système italien c'est la règle française relative aux actes à titre onéreux qui s'applique aussi aux actes à titres gratuits.

La bonne foi n'est pas exigée chez les tiers opposant le défaut de transcription ; mais la jurisprudence, de même qu'en France, admet la preuve de l'entente frauduleuse du second acquéreur avec le vendeur pour dépouiller le premier acheteur (2).

Quant aux effets de la transcription, il importe toutefois de faire une différence entre les actes de la première et de la deuxième catégorie (art. 1932) et les actes de la troisième (art. 1933, n° 3) et de la quatrième catégorie (art. 1933, n°s 1 et 2).

Nous n'avons plus à revenir sur les effets spéciaux établis par la loi quant à ces dernières catégories d'actes et jugements assujettis

(1) Art. 1942 : « Les actes et jugements énoncés à l'art. 1932 jusqu'à la transcription n'ont aucun effet à l'égard des tiers, qui, à n'importe quel titre, ont acquis et légalement conservé des droits sur l'immeuble. De même, jusqu'à l'accomplissement de la transcription ne peut pas avoir d'effet au préjudice de l'hypothèque concédée à l'aliénateur par l'art. 1969, aucune transcription de droits acquis sur le nouveau propriétaire. A partir de la transcription ne peut avoir d'effet contre l'acquéreur aucune transcription ou inscription de droits acquis sur le précédent propriétaire, quoique l'acquisition remonte à une date antérieure au titre transcrit. »

(2) Cass., Rome, Sezioni Unite, 22 déc. 1930, *Giur. It.*, I, 1, 5. Contra : Cass., Rome, 20 oct. 1926, *Giur. It.*, I, 1, 26 ; Butera, *Digesto It.*, Pauliana (Azione, n. 130). — Sur ce point, la loi belge de 1851 se sépare au contraire du système français en n'admettant les tiers à opposer le défaut de transcription que s'ils ont contracté sans fraude. En dehors de toute entente frauduleuse la connaissance que le second acquéreur aurait, en traitant avec le vendeur, d'une vente du même immeubles, consentie antérieurement et non transcrite, suffit pour que le second

à la transcription. Mais des précisions sont nécessaires quant aux effets de la transcription des demandes. Nous avons dit que la loi sauvegarde les droits acquis par les tiers avant la transcription de certaines demandes, tandis que les droits des tiers acquis après cette transcription sont anéantis.

Il y a lieu de se demander si la loi exige que les tiers ayant acquis un droit sur l'immeuble aient conservé ce droit en se conformant aux lois ; si, par conséquent, elle exige que les tiers aient transcrit leur titre avant la transcription de la demande.

Il faut remarquer que l'art. 1942 du Code civil, qui reproduit la règle de l'art. 3 de la loi française de 1855, ne vise que les actes énoncés à l'article 1932, c'est-à-dire les actes des deux premières catégories, tandis que l'article 1933 assujettit à la transcription les actes des autres catégories pour les effets spéciaux établis par la loi ; et les dispositions de la loi visées par cet article parlent des tiers qui ont acquis des droits sur les immeuble sans exiger que les tiers les aient conservés conformément aux lois.

La lettre de la loi n'exige donc pas l'antériorité de la transcription du titre à la transcription des demandes.

D'ailleurs le demandeur en résolution, rescision ou révocation n'est pas un tiers au sens de l'art. 1942, qui reproduit l'art. 3 de la loi de 1855, car il ne fait pas valoir un nouveau droit acquis sur la chose et assujetti à transcription, mais il propose une action personnelle visant l'anéantissement du transfert opéré par l'acte attaqué. Il n'y a pas, par conséquent, de conflit entre ayants cause du même aliénateur, qui soit réglé par la priorité de la transcription. Ainsi que nous l'avons déjà remarqué, quant à la transcription du commandement, le demandeur est tiers au sens de l'art. 1327 du

acqureur soit repoussé par l'exception de dol. Une question qui a longtemps partagé la jurisprudence est celle de savoir si les ayants cause de l'héritier peuvent opposer le défaut de transcription aux ayants cause du de cujus ; s'ils peuvent être considérés ayants cause du même aliénateur. La Cour de Cassation de Rome, après avoir admis la solution favorable (24 oct. 1913, *Giur. It.*, 1913, I, 1, 969) changea d'avis (31 juin 1917 et 2 juin 1919, *Giur. It.*, 1917, I, 1, 814 et 1919, I, 1, 705 ; 29 déc. 1923, F. I., 1924, 208, *Giur. It.*, I, 1, 46) pour reconnaître enfin la faculté d'opposer le défaut de transcription (9 fév. 1927, *Giur. It.*, I, 1, 306). Cette dernière solution est adoptée par la Doctrine, Butera, *Foro It.*, 1924, I, 208, *Giur. It.*, 1927, I, 1, 307 ; L. Caliendo, *Giur. It.*, 1920, IV, 114 et s. ; De Gregori, *Dr. comm.*, 1920, 249. Dans ce sens la jurisprudence française : Civ. 1903, S. 1903, 1, 180, D. 104, 1. 5 avec note contraire de M. de Loynes ; dans le sens de la Jurisprudence MM. Jossierand et Lévy, *Rev. Trim. de dr. civ.*, 1904, 195.

Code civil, de sorte que le titre de tiers ne lui est pas opposable que s'il a acquis date certaine antérieurement à la transcription de la demande.

Les auteurs sont cependant très partagés sur cette question, que la Cour de cassation vient de décider tout récemment pour la première fois dans le sens que nous venons d'indiquer (1).

Pas même pour cette catégorie d'actes la loi n'exige la bonne foi des tiers, exception faite pour la révocation paulienne (art. 1235 Cod. civ. qui exige la bonne foi des tiers). Mais cette exception est la conséquence de la nature particulière de l'action paulienne. Les sous-acquéreurs frauduleux ne perdent pas, en effet, leurs droits à cause de la résolution du droit de leur auteur, mais uniquement à cause de la fraude dont eux-mêmes sont coupables ; ce n'est pas l'effet de l'action contre leur auteur qui rejaillit contre les tiers sous-acquéreurs, mais c'est l'action intentée contre ces tiers qui les atteint en tant que ces tiers sont eux-mêmes de mauvaise foi. Dès lors on conçoit que, tandis que par rapport aux autres actions en résolution, en rescision ou révocation, la loi a limité l'application du principe *resoluto jure dantis resolvitur jus acipientis*, en ce qui concerne l'action paulienne la loi a fait application de ce principe, par exception, aux tiers, indépendamment de leur mauvaise foi, si leur acquisition est postérieure à la demande. Si l'acquisition est antérieure à la transcription de la demande, les droits des tiers sont sauvegardés, mais dans les limites de leur bonne foi.

Il y a controverse s'il faille comprendre parmi les tiers sauvegardés ayant acquis antérieurement à la transcription de la demande les tiers donataires. Suivant l'opinion affirmative, il y aurait une exception à la règle édictée par le même article 1235 qui régit l'action paulienne, suivait laquelle, lorsqu'il s'agit d'un acte à titre gratuit, la fraude du débiteur est suffisante pour faire prononcer la révocation : un sous-acquéreur ne tomberait pas sous le coup de l'action paulienne pour le seul fait de la nature lucrative de son titre, ce qui serait la règle : sous-acquéreur de bonne foi, même à titre lucratif, antérieur à la transcription, il serait protégé. La transcription aurait par suite le double effet de valoir comme pré-

(1) Cass., Rome, Section II, *Foro It.*, 1932, I, 459 avec note de M. Butera ; Cass., Rome, Section II, *Giur. It.*, 1932, I, 1, 788 avec note ; C. Al. Cobianchi, *Riv. di Diritto comm.*, 1931, II, p. 725. V. la doctrine citée dans la note de M. Butera.

somption de connaissance de la fraude à l'égard des tiers en réalité de bonne foi, et comme moyen de protection des tiers donataires antérieurs à la transcription.

208. *La publicité des sûretés réelles. Généralités.* — En ce qui concerne le régime hypothécaire (1) toute hypothèque, conventionnelle, légale ou judiciaire (art. 1968 C. civ.) n'a d'effet que si elle est rendue publique par la voie de l'inscription sur les registre du Conservateur ; l'inscription ne peut être prise que sur des biens spécialement désignés et pour une somme déterminée (art. 1965 Cod. civ.).

Voyons comment ces principes de la publicité et de la spécialité des hypothèques sont appliqués.

209. *Les privilèges généraux.* — A défaut de mobilier les créances privilégiées sur la généralité des meubles (art. 1956 C. civ. it.) le sont aussi sur le prix des immeubles du débiteur, mais uniquement avec préférence sur les créances chirographaires (art. 1963 Cod. civ. it.).

210. *Les privilèges spéciaux. Les privilèges spéciaux conservés.* — Les privilèges spéciaux sur les immeubles du Code français sont transformés en de véritables hypothèques légales, ainsi que nous allons le voir. Les seuls privilèges sur les immeubles connus par le Code civil sont les suivants :

1° La créance pour les frais de la procédure d'expropriation forcée des immeubles et de la procédure d'ordre, faits dans l'intérêt commun des créanciers, est privilégiée sur les immeubles expropriés (art. 1961 Cod. civ.).

2° Sont également privilégiées les créances de l'Etat pour le recouvrement de l'impôt foncier dû à l'Etat, aux provinces et aux communes pour l'année courante, et pour la précédente, sur tous les immeubles de la commune où l'impôt est perçu. Ce privilège porte aussi sur les fruits et les loyers des mêmes immeubles (art. 1962 Cod. civ.). Ce privilège est dispensé d'inscription et il est pourvu du droit de suite (art. 43 de la loi sur le recouvrement des impôts directs, 29 juin 1902 n° 281).

(1) Brugi, *Ist.*, § 50 ; Pacifici *Ist.*, III, 2, pp. 448 et s. ; Chironi, *Ist.*, §§ 214-240-246 ; Canada-Bartoli, *Il Sistema ipotecario italiano*, Naples, 1879-89 ; Melucci, *il sistema ipotecario nel dir. civ. it.*, Naples, 1912-13 ; Mirabelli, *delle ipoteche secondo il cod. civ. it.*, Naples, 1896 ; Bianchi E., *Delle Ipoteche*, Naples 1907-8 ; Coviello L., *Delle Ipoteche*, Naples, 1928.

3° Sont également privilégiées les créances de l'Etat pour les droits d'enregistrement et pour toute contribution indirecte sur les immeubles qui en sont l'objet. Ce privilège, dispensé d'inscription et pourvu du droit de suite ne peut toutefois porter préjudice aux droits réels acquis sur l'immeuble par les tiers avant la mutation assujettie aux droits du fisc et il ne peut pas rejaillir contre les tiers détenteurs de l'immeuble pour supplément de droits (1).

En ce qui concerne les droits de mutation dus à cause de succession, le privilège n'a pas d'effet contre les créanciers hypothécaires du de cujus qui ont inscrit leur hypothèque dans les trois mois à dater du jour du décès, ni contre les créanciers qui ont demandé la séparation des patrimoines (art. 1962 Cod. civ.).

Il faut cependant observer que toute une série de dispositions, édictées par décrets-lois pendant la guerre, a bouleversé le système des privilèges du Code civil et de graves préjudices ont été portés contre la sécurité des transactions immobilières par de nouveaux privilèges immobiliers occultes. Le décret-loi du 15 juillet 1915 n° 1153 sur le paiement des droits de succession, a étendu pour le paiement des droits de succession le privilège spécial immobilier concédé à l'Etat pour l'impôt foncier par l'art. 1962 C. civ. aussi aux immeubles possédés par le débiteur. Le décret-loi du 24 novembre 1919, n° 2169 instituant l'impôt sur le patrimoine a étendu le privilège de l'art. 1962 à l'impôt sur le patrimoine sur tous les immeubles du contribuable. Cet impôt consistait dans un véritable prélèvement d'une partie du patrimoine possédé par chaque contribuable à la date du 1^{er} janvier 1920, payable à l'Etat dans un délai de 10 ou 20 ans.

Ce privilège qui grève d'une façon occulte sur chaque immeuble pour la garantie de la totalité de l'impôt dû par le contribuable a donné lieu à de graves difficultés dans le commerce des immeubles (2). Heureusement il s'agit d'un impôt extraordinaire qui est destiné à disparaître.

(1) V. art. 97 de la loi du 30 déc. 1923, n° 3269 sur l'enregistrement. Sur les questions auxquelles donne lieu cette disposition de loi v. Ukmar, *La legge del registro*, v. III, n° 427 ; Ukmar, *I privilegi dell'erario eco.*, *Riv. di dir. civ.*, 1930, p. 59 et s.

(2) Vassalli, *Osservazioni su due nuovi privilegi fiscali*, *Il Contribuente Italiano*, 1920, pp. 249 et s.

211. *Suppression des privilèges spéciaux.* L'hypothèque de l'aliénateur et des copartageants. — Les privilèges du vendeur, des héritiers ou copartageants, sont transformés en hypothèques légales.

Au vendeur est assimilé tout autre aliénateur, et, par conséquent le donateur est privilégié pour l'exécution des charges de la donation (art. 1969, n° 1).

Nous avons déjà dit que l'action en résolution pour non paiement du prix ne préjudicie pas aux tiers qui ont acquis leurs droits avant la transcription de la demande (art. 1511 et 1933, n° 3, C. civ.); le vendeur est protégé par suite à l'égard des tiers seulement par l'hypothèque légale ; mais puisque l'hypothèque n'a pas d'effet si elle n'est pas inscrite, la garantie du vendeur pourrait être préjudiciée par l'inscription d'hypothèque de la part des créanciers du débiteur du prix ou par la transcription de droits du chef du même débiteur. Dès lors, l'art. 1985, al. 1^{er}, dispose que le Conservateur des hypothèques doit inscrire d'office et sous sa responsabilité l'hypothèque légale de l'aliénateur lors de la transcription du contrat d'aliénation.

La transcription ne vaut pas cependant inscription. Au cas de jugement d'adjudication le greffier du tribunal est tenu, dans un délai de dix jours, de faire inscrire aux frais de l'adjudicataire, l'hypothèque légale résultant dudit jugement sur les biens adjugés en faveur de la masse des créanciers et du débiteur, sous peine d'amende qui peut s'élever à mille livres et de dommages-intérêts art. 2089 (1).

D'autre part, l'art. 1942, al. 1^{er} (2), dispose que tant que la transcription n'est pas opérée, toute transcription ou inscription de droits acquis sur le nouveau propriétaire n'a pas d'effet au préjudice de l'hypothèque de l'aliénateur. Par suite, l'aliénateur conserve son hypothèque, nonobstant toute transcription d'actes et toute inscription d'hypothèques sur le nouveau propriétaire tant que l'acte d'aliénation n'est pas présenté à la transcription.

Aucun délai n'est fixé pour la conservation de cette hypothèque. La Doctrine a critiqué cette anomalie de la loi qui concède à

(1) Le greffier est tenu de même de faire transcrire le jugement d'adjudication, V. n° 203, p. 351, n. 2.

(2) Nous avons donné le texte de cet article au n° 207.

l'intérêt du capitaliste une garantie qu'elle a jugé de devoir nier aux mineurs dans l'intérêt de l'harmonie du régime hypothécaire.

Le privilège des architectes, etc. n'existe pas dans le système italien.

212. *L'hypothèque légale de la femme mariée.* — L'hypothèque légale de la femme mariée sur les biens du mari n'a lieu que pour la dot et pour les lucres dotaux (1). Cette hypothèque doit être inscrite dans les vingt jours du contrat par les soins du mari et du notaire. L'inscription peut être requise par celui qui a constitué la dot et même par la femme non autorisée (art. 1982). Faute d'avoir été limitée à certains biens par le contrat de mariage, cette hypothèque affecte tous les immeubles présents du mari ; mais ce caractère de généralité ne met pas obstacle à la règle de la spécialisation, en ce sens que le mari doit déclarer dans le contrat, à la requête du notaire, la situation des biens qu'il possède et les autres indications destinées à fixer l'identité de chacun des immeubles.

En ce qui concerne les sommes d'argent échues à la femme à titre de succession ou de donation l'hypothèque n'a pas lieu qu'à dater du jour de la succession ou de la donation sur les biens possédés par le mari à cette date.

213. *L'hypothèque légale du mineur et de l'interdit.* — L'hypothèque légale des mineurs et des interdits (art. 292, 293, 1969, n° 3, 1983 C. civ.) doit être également inscrite à compter de la délibération du Conseil de famille à la diligence des tuteurs, protuteurs (2) et greffiers. Les personnes chargées de requérir l'inscription encourent, faute d'y satisfaire dans le délai prescrit, des dommages-intérêts et une amende qui peut s'élever à mille liras. Le tuteur et le protuteur peuvent, en outre, être révoqués de leurs fonctions. Le procureur du roi veille à l'exécution de ces prescriptions et poursuit, le cas échéant, l'application des pénalités. Au besoin ce magistrat requiert l'inscription. L'inscription peut être requise par le mineur ou l'interdit sans autorisation ou assis-

(1) Le lucre dotal est l'avantage établi par une clause du contrat de constitution de dot, par laquelle l'époux survivant est autorisé à prélever une partie de la dot avant sa restitution, si l'époux survivant est le mari, ou par laquelle la femme survivante a droit, outre à la restitution de la dot, à un prélèvement sur le patrimoine du mari (art. 1398 C. civ.).

(2) Subrogé tuteur.

tance et par leurs parents. Le Conseil de famille est appelé à indiquer les biens du tuteur sur qui doit être inscrite l'hypothèque légale seulement lorsque le tuteur ne préfère pas d'offrir une autre forme de sûreté. Si le tuteur n'a que des immeubles insuffisants, le Conseil de famille nomme un autre tuteur. Pendant le cours de la tutelle, le Conseil de famille peut augmenter ou restreindre l'inscription et aussi en autoriser la radiation. Dans ce cas la délibération sera homologuée par le Tribunal (art. 292 et 293 C. civ.).

214. *L'hypothèque légale sur les biens des condamnés.* — L'hypothèque légale est attribuée également à l'Etat, à la partie civile et à la défense sur les biens des condamnés pour le recouvrement des frais de justice en matière pénale, pour les dommages-intérêts alloués dans le jugement de condamnation pour les honoraires dus aux défenseurs (art. 1969, n° 5). Cette hypothèque a été après attribuée à toute personne endommagée par une violation de la loi pénale (art. 10 de la loi du 8 août 1895, n° 556, art. 603, C. pén.), et elle peut être inscrite avant la condamnation en vertu du mandat d'arrêt (art. 1969, n° 5) ou à la suite de l'arrestation au cas de flagrant délit (art. 604, 605 C. pén.).

215. *L'hypothèque judiciaire.* — L'hypothèque judiciaire est reconnue par le Code italien ; elle peut s'inscrire sur tous les immeubles présents du condamné, mais ces biens doivent être spécifiés dans le bordereau d'inscription. Quant aux immeubles acquis après la condamnation, l'inscription est possible, mais au fur et à mesure que ces immeubles parviennent au débiteur (art. 1986). Le Code italien ne connaît pas l'hypothèque résultant des jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture.

216. *Conservation du bénéfice de la séparation des patrimoines.* — La réglementation du bénéfice de la séparation des patrimoines (1) (art. 1032, 2054 à 2065 C. civ.) n'est pas de tous points identique à celle de la loi française ; mais l'institution a été conservée avec tous les dangers qu'elle présente pour les tiers dans une mesure même accrue.

(1) Melucci, *Trattato della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede*, 2^e éd., Turin, 1914 ; Mirabelli, *Diritto dei terzi*, I, Turin, 1889 ; Dusi, *La separazione ecc.* dans la traduction italienne de Baudry-Lacantinerie, succ., III ; Bonfante, *Della separazione ecc.*, p. 841.

Le délai pour prendre inscription est de trois mois au lieu de six à compter de la succession (art. 2057 Cod. civ. it.). L'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne vaut pas *ipso jure* séparation des patrimoines (art. 2058). Dans la loi italienne, comme dans la française, les créanciers du défunt peuvent saisir les biens de l'héritier. Suivant l'art. 2063 la séparation ne change en rien la situation juridique originaire des titres des créanciers du défunt et leurs droits de préférence sur les biens de la succession, mais le même article ajoute que la séparation ne bénéficie qu'à ceux qui l'ont demandée et la majorité des auteurs interprète ce principe dans le sens que les créanciers séparatistes n'ont pas seulement une préférence à l'encontre des créanciers de l'héritier mais aussi vis-à-vis des créanciers héréditaires non séparatistes (1). Dès lors on conçoit que la séparation des patrimoines soit considérée par la doctrine un droit de préférence presque en tout point identique à l'hypothèque. En effet, la loi dispose que toutes les dispositions relatives aux hypothèques sont applicables au lien dérivant de la séparation des patrimoines régulièrement inscrits sur les immeubles de la succession (art. 2065). De plus non seulement le droit de suite est formellement attribué par la loi à la séparation des patrimoines, mais l'inscription a effet rétroactif non seulement pour le droit de préférence, mais aussi pour le droit de suite. L'art. 2062 dispose en effet que les hypothèques inscrites sur les immeubles de l'hérédité par les créanciers de l'héritier et les aliénations même transcrites desdits immeubles ne peuvent pas préjudicier en rien aux droits des créanciers du défunt et des légataires qui ont demandé la séparation dans le délai de trois mois. Non inscrit dans le délai, le bénéfice s'éteint.

La solution donnée par le législateur italien est allée outre à l'interprétation la plus hardie de la doctrine et de la jurisprudence françaises, car le droit de suite est reconnu avec effet rétroactif, tandis que dans le système français, la rétroactivité est reconnue seulement au droit de préférence même pour ceux qui admettent le droit de suite (2).

(1) Gabba, *Questioni di Diritto civile*, II, pp. 62 et s. Pour la doctrine et la jurisprudence sur la question, v. Venzi dans *Pacifici Ist.*, III, p. 644, n° 1 ; De Luca, *Del Concorso dei creditori e legatari separatisti coi non separatisti*, 2° éd.; Turin, 1913 ; De Ruggiero, *Ist.*, II, p. 843.

(2) V. dans ce sens le projet de la Commission du cadastre, n° 124.

217. *Hypothèque conventionnelle. Règles particulières quant aux indemnités d'assurance, au renouvellement, à la prescription, à la transmission des sûretés réelles, à l'atténuation du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque.* — L'acte constitutif d'hypothèque et les bordereaux d'inscription doivent spécifier l'immeuble grevé en indiquant sa nature, la commune où il se trouve, le numéro du cadastre ou du cens (art. 1979 et 1987).

Aux termes de l'art. 1998 les omissions ou inexactitudes commises dans le titre constitutif de la créance ou dans les bordereaux d'inscription n'entraînent la nullité de l'inscription que s'il en résulte une incertitude absolue sur la personne des parties, sur l'identité des biens grevés, ou sur le montant de la créance. Les autres erreurs ou irrégularités peuvent toujours être rectifiées sur la demande et aux frais des créanciers.

Le Code italien ne connaît pas l'hypothèque des biens à venir même dans les limites restreintes de l'art. 2130 C. civ. français (art. 1977).

L'art. 1951 fait application du principe de subrogation réelle. Au cas de perte ou de détérioration des choses (l'art. s'applique aussi aux meubles) grevées de privilège ou d'hypothèque, les indemnités dues par suite d'assurance pour la perte ou la détérioration sont destinées au paiement des créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang, sauf au cas qu'elles soient employées à réparer la perte ou la détérioration.

Néanmoins les assureurs sont libérés s'ils ont payé avant opposition, s'il s'est écoulé trente jours après la perte ou la détérioration.

Il en est de même des indemnités dues pour cause d'expropriation forcée pour utilité publique ou de servitudes établies par la loi.

L'inscription conserve l'hypothèque pendant trente ans à compter de sa date (art. 2001). L'inscription de l'hypothèque légale de la femme mariée conserve ses effets sans être renouvelée pendant le mariage et pendant une année après sa dissolution (2004). Le Code n'avait pas besoin de dispenser de renouvellement l'inscription de l'hypothèque légale du mineur, en raison du nouveau délai de trente ans, mais il laisse sous l'empire des principes du droit commun l'inscription de l'hypothèque légale de l'interdit.

Le renouvellement doit être dirigé aussi contre les tiers aux noms desquels l'immeuble est passé, si toutefois la mutation résulte

au cadastre depuis trois mois à l'époque du renouvellement (art. 2006) (1).

Nous avons déjà dit que le Code italien conserve la prescription de l'hypothèque à l'égard du tiers détenteur de l'immeuble tout en décidant qu'il y aura lieu d'appliquer seulement la prescription de trente ans à partir de l'acte d'aliénation, quoique certains auteurs aient soutenu qu'on pourrait appliquer aussi la prescription de dix ans.

Nous avons déjà rencontré l'institution de l'annotation ou mention marginale (2) qui joue un rôle important aussi en ce qui concerne l'inscription.

En ce qui concerne la transmission des droits de privilège et d'hypothèque le Code italien décide (art. 1994) que le cessionnaire, la personne subrogée ou le créancier qui a reçu en gage une créance inscrite aura la faculté de faire annoter ou mentionner en marge, au bas de l'inscription prise par son auteur, la cession, la subrogation ou le gage en présentant au conservateur l'acte relatif.

S'il s'agit d'un acte sous seing privé à partir de cette mention l'inscription ne pourra être radiée sans le consentement du cessionnaire, subrogé, ou créancier gagiste et les sommations ou notifications éventuelles devront être faites au domicile élu par ledit cessionnaire, subrogé ou créancier gagiste en ce qui les concerne.

Il appert de cette disposition que les cessions, subrogations, constitutions et gage, cession d'antériorité, constitutions en dot des créances hypothécaires, ont lieu indépendamment de la publicité des registres des hypothèques et sous l'observation de la seule publicité établie pour la cession des créances (art. 1539 C. civ. it. identique à l'art. 1969 C. civ. franç.). Mais puisque le créancier inscrit pourrait disposer encore de l'hypothèque en consentant la radiation, la mention de l'art. 1994 aura l'effet d'empêcher cette fraude.

L'art. 1995 applique la mention en marge comme moyen accordé au créancier et à ses ayants cause de varier l'élection de domicile énoncée dans l'inscription.

Enfin, l'art. 2011 utilise la mention en marge relativement à une

(1) V. n° 165.

(2) V. n° 206.

disposition très importante en ce qui concerne les effets du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque.

Pour obvier aux inconvénients auxquels donne lieu ce principe et que nous avons signalés (1), l'art. 2011 dispose qu'un créancier ayant hypothèque sur un ou plusieurs immeubles dont les prix sont absorbés en tout ou en partie par un créancier antérieur inscrit aussi sur d'autres immeubles, et qui ne viendrait par suite pas en ordre utile, soit de droit déclaré subrogé dans l'hypothèque qui appartenait au créancier satisfait. Le même droit de subrogation, le Code reconnaît aux créanciers perdants en conséquence de cette subrogation, et aux créanciers perdant pour cause de privilège spécial sur les immeubles accordé à l'Etat.

C'est ainsi, qu'ayant posé ce principe, le Code dispose que le créancier subrogé de droit en vertu de cette disposition aura la faculté de faire opérer la mention de la subrogation visée par l'art. 199/4 afin d'exercer l'action hypothécaire sur les immeubles grevés par son hypothèque ainsi subrogée et d'être préféré aux créanciers postérieurs à sa propre inscription (2).

L'art. 2087 en outre dispose que le créancier ayant hypothèque sur plusieurs immeubles, à partir de la notification qui lui est faite par l'acquéreur qui veut purger, et à partir de la notification du placard de vente au cas d'expropriation forcée, ne peut pas sous peine de dommages-intérêts renoncer à son hypothèque sur un de ces immeubles ni s'abstenir volontairement de demander collation dans la procédure d'ordre, dans le but de favoriser un créancier au détriment d'un autre créancier antérieurement inscrit.

SECTION II

Le mouvement réformateur et le régime actuel de la Loi du 30 décembre 1923

218. *Historique du mouvement réformateur.* — Le système du Code civil fut tout de suite jugé insuffisant par les auteurs, qui,

(1) V. n° 82.

(2) Melucci, *Sist. ipot.*, pp. 213 et s., 1^{re} éd. ; Pacifici, *Ist.*, III, pp. 539 et s. et *Trattato dei privilegi e ipoteche*, II, p. 442 ; Polacco, *Una questione in materia di subingresso ipotecario*, *Temi ven.*, XI, 1886 ; Ferrarini, *Una questione di subingresso ipotecario*, *Note dir. civ.*, 1898, pp. 23 et s. ; G.-P. Chironi, *La subrogazione ipotecaria a favore del creditore perdente*, *Riv. Dir. Comm.*, 1918, pp. 477 et s.

dans leurs critiques, ne cachèrent pas leur préférence pour le système des livres fonciers. Le problème fut posé à l'ordre du jour par la loi sur la réforme du cadastre du 1^{er} mars 1886. Dans l'exposé des motifs du rapporteur M. Massedaglia on lisait en effet : « Le cadastre a pour effet principal de servir à une meilleure répartition de l'impôt, mais il n'a pas seulement cet objet attendu qu'il sert encore à beaucoup d'usages privés, qu'il est d'un grand avantage pour les propriétaires dans les transactions civiles et qu'il peut même devenir un titre faisant preuve. Par suite on a voulu prescrire, indépendamment de la délimitation, l'abornement des propriétés particulières avec le concours des propriétaires riverains, en remettant à une autre loi la détermination des effets juridiques du cadastre et les réformes qu'il conviendrait, en conséquence, d'introduire dans la législation civile. » D'après l'art. 1^{er} de la loi, la révision du cadastre devait aussi servir de base à la constatation de la propriété. C'était inviter les juristes à étudier de près le problème de la concordance du cadastre et des livres relatant les actes relatifs à la propriété, et par conséquent, l'introduction du système des livres fonciers.

Dans cette voie s'engagèrent en effet les plus éminents juristes (1).

En 1892 le Ministre Bonacci nomma une commission qui fut présidée par M. Eula, et en 1897, le Ministre Gianturco nomma une autre commission composée entre autres, par MM. les professeurs Scialoja, Simoncelli et Mosca. Dans cette même année le Congrès juridique national de Naples inscrivit à l'ordre du jour la réforme du système de publicité des droits immobiliers et les trois rapports de MM. Ippolito Luzzati, Gaetano Cannada-Bartoli et Giacomo Venezian (2) se prononcèrent en faveur de l'introduction du système à force probante basé sur le cadastre. Mais le Congrès après deux séances de discussions très vives, finit par se ranger à la proposition suspensive proposée par le Président, Sénateur Pessina. MM. Luzzati et Venezian ne se cachaient pas que la grande difficulté de la réforme consistait dans les obstacles de tous genres qui

(1) Gabba, *Natura ed effetti della Trascrizione* ; Gianturco E. *Studi sulla Trascrizione*, Naples, éd. Margheri, 1890 ; Luzzati *Trascrizione, Sugli effetti giuridici del catasto* ; Lo Savio, *Per la riforma dell'ordinamento Italiano*, Naples, Margheri, 1893. .

(2) IV^e Congrès juridique national de Naples, 1897, vol. II, Rapports, Naples, typographie, Tocco, 1897.

rendent difficile le premier établissement des livres fonciers en concordance avec le cadastre renouvelé. Ils n'ignoraient pas les études de la Commission française extraparlamentaire du cadastre, qui avait posé, nous l'avons vu, la règle fondamentale de procéder à la constitution des livres fonciers dans chaque commune par voie de mesure générale et obligatoire et non suivant une gradation réglée par les options de propriétaires, au moyen d'un procédé d'immatriculation.

MM. Luzzati et Venezian proposèrent, au contraire, un système différent. Mais tandis que M. Luzzati proposait de baser la transition du régime ancien au nouveau sur la prescription cadastrale de dix ans, M. Venezian faisait remarquer que l'usucapion décennale basée sur la déclaration cadastrale pure et simple aurait amené à admettre qu'on puisse créer à soi-même le titre pour l'usucapion. Il proposait, par suite, d'établir les livres fonciers sans leur attribuer d'autres effets que ceux des registres des transcriptions et des inscriptions, mais de façon, toutefois, que la publicité pût peu à peu acquérir la force probante à l'égard des tiers acquéreurs. C'est dans ce but qu'il proposa l'introduction immédiate des règles relatives à l'étendue de la publicité en laissant de côté le principe de légalité en ce qui concerne l'immatriculation au livre foncier et en en réservant l'application aux inscriptions successives. L'immatriculation eût laissé subsister toute revendication et toute opposition à l'égard de l'immatriculé et de ses ayants cause.

L'immatriculation ne serait encore définitive par rapport à l'inscrit que sous les conditions requises actuellement pour la prescription de trente ans. Mais à l'égard des tiers acquéreurs de bonne foi à titre gratuit ou onéreux d'un droit réel sur les immeubles immatriculés du chef de la personne immatriculée, l'acquisition définitive du droit aurait lieu au moyen de la prescription de dix ans, indépendamment du droit de l'immatriculé. Le principe de légalité aurait joué son rôle à l'égard des publications d'actes successives à la première immatriculation. Vis-à-vis du tiers acquéreur de bonne foi à titre onéreux, en vertu du principe de légalité, les tiers acquéreurs de bonne foi seraient tout de suite à l'abri des causes d'anéantissement relatives à leur titre d'acquisition et aux titres antérieurs de leurs auteurs inscrits au livre foncier, à l'exception de l'immatriculation.

Seulement, par rapport à l'immatriculation, serait applicable le principe : *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. Toute

action d'anéantissement du droit acquis par les tiers cesserait au cas d'usucapion décennale d'un des inscrits.

Le livre foncier eût pu être établi par feuillets personnels dans les communes où la réfection du cadastre ne serait pas accomplie. La concordance entre les livres fonciers et le cadastre eût été assurée au moyen d'indication dans les feuillets personnels des données du cadastre : des répertoires réels auraient rendu la constatation de la condition juridique des immeubles indépendante des personnes des propriétaires. Une procédure supplémentaire de purge eût permis aux propriétaires d'assurer d'avance à leurs droits la sûreté des inscriptions pourvues de force probante rendant l'immatriculation définitive. Il ne s'agissait pas de faire dépendre de la libre volonté du propriétaire de poser leurs immeubles sous le nouveau régime en requérant l'immatriculation ou de les maintenir au contraire en dehors de l'action de la nouvelle législation. Loin de là les registres actuels devraient être fermés à un moment donné et à compter de ce jour, tout aliénateur devrait demander l'immatriculation provisoire au livre foncier du droit objet de l'aliénation.

Nous avons dit que le Congrès de Naples n'aboutit à aucune décision. Dans la Commission, présidée par le Sénateur Finali et par M. Luzzati, la divergence d'opinion entre les partisans de la réforme de la transcription et ceux de l'institution des livres fonciers éclata ouvertement et amena la majorité de la commission à se rallier à la thèse de M. Filomusi-Guelfi contre la proposition de M. Ippolito Luzzati pour l'introduction des livres fonciers. En même temps, après les études très approfondies de MM. Mirabelli et Coviello (1), les auteurs s'orientèrent décidément dans le sens de la simple réforme de la transcription. C'est ainsi que le gouvernement déposa sur le bureau de la Chambre dans la séance du 9 février 1905, un projet de loi, dont le titre premier (art. 1-18) était relatif à la réforme de la transcription. Ce titre, séparé du reste du projet, examiné par la Commission parlementaire, fut discuté et approuvé par la Chambre le 3 avril 1906. Le rapport de M. Gianturco et son discours à la Chambre doivent être rangés dans les plus profondes et claires études du problème. Cette loi ne vint cependant pas au Sénat ; mais le Garde des Sceaux M. Scialoja dans

(1) Mirabelli, *Dei miglioramenti da doversi arrecare al sistema della trascrizione*. Naples, 1895 ; Coviello, *Osservazione sulla riforma della pubblicità immobiliare*, Naples.

la séance du 3 mars 1910, présenta au Sénat un autre projet de loi analogue au précédent, mais beaucoup plus complet (1), qui ne vint pas en discussion. Ce projet fut examiné et amendé par la Commission de l'après-guerre (2), et forme à présent la base des études du Comité spécial pour la réforme de la transcription au sein de la Commission pour la réforme du Code civil.

219. *La réforme opérée pendant la guerre. La Loi du 30 décembre 1923.* — Mais, au demeurant, ce qui ne fut pas fait par le Parlement avant la guerre, fut réalisé par le Gouvernement pendant la guerre ; mais, comme il est arrivé très souvent dans la législation de guerre, d'une manière imparfaite et, ce qui pis est, dans un but presque seulement fiscal. Si l'empiètement des lois fiscales sur le domaine du droit privé est toujours fâcheux, il l'est d'autant plus dans une matière en qui la crainte des droits, taxes et frais, a toujours formé le principal obstacle au désir d'étendre la publicité, la déclaration formelle d'exemption de tout droit n'ayant pas été jugée suffisante garantie contre les exigences et les appétits du fisc.

Que dire d'une réforme, qui a eu, au contraire, comme but principal de créer de nouvelles ressources au trésor ?

Les décrets-lois du 9 novembre 1916, n° 1525, al. 4, et 6 janvier 1918, n° 135 ont assujéti à la transcription les partages d'immeubles et d'autres droits susceptibles d'hypothèque en appliquant à ces actes les dispositions de l'art. 1932 et de l'art. 1314 Cod. civ. qui exige *ad substantiam* l'acte écrit et ils ont rendu obligatoire la transcription des actes énoncés dans les cinq premiers numéros de l'art. 1314 aux soins du notaire et des jugements énoncés aux numéros 4, 7, 8 de l'art. 1932 et à l'art. 894 Cod. civ. aux soins du greffier, dans un délai de trente jours sous peine d'amende.

Successivement le décret-loi du 21 avril 1918, n° 575 a ajouté les mutations immobilières par testament, les actes de constitution de dot, la convention matrimoniale qui stipule la communauté entre les époux, les commandements et les séquestres signifiés pour interrompre la prescription (art. 2125 Cod. civ.), le séquestre gouvernemental des biens des sujets ennemis, tout acte déclaratif de pro-

(1) Scialoja, *Della Trascrizione, Disegno di Legge Atti Parl. legisl.*, XXIII, sess. 1909-1910, stampato n° 177.

(2) Commissione del dopo guerra. *Studi e proposte della prima sottocommissione* Rome, 1920, pp. 230 et suiv.

priété ou d'autres droits sur les immeubles. Le même décret a rendu obligatoire la transcription de tous les actes énoncés aux articles 1314, 1932, 1933 et a précisé l'obligation du greffier en spécifiant les jugements qu'il doit transmettre au conservateur dans un délai de trente jours, tandis que pour le notaire le délai a été fixé à 90 jours. Enfin, il a mis à la charge du demandeur ou de l'avoué, l'obligation de mentionner en marge de l'acte, les demandes en annulation, résolution, rescision, révocation des actes concernant les immeubles. Un autre décret du 24 novembre 1919, n° 2163 a enfin assujéti à la transcription les mutations par décès *ab intestat*.

Ces différents décrets ainsi que ceux du 22 janvier 1922, n° 107, du 20 août 1923, n° 1802 et du 23 décembre 1923, n° 2772 ont été fondus dans la loi du 30 décembre 1923, n° 3272 sur les taxes hypothécaires, titre III, articles 17 à 23.

On peut ranger les actes assujettis à la transcription en sept catégories différentes :

A. *Première catégorie.* — Actes d'aliénation, c'est-à-dire actes comptant transfert ou limitation du droit de propriété :

1° tout acte entre vifs à titre gratuit ou à titre onéreux, translatif de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque, à l'exception des rentes sur l'Etat (art. 1932, 1°) ; y compris les actes de constitution de rente en perpétuel ou en viager (art. 1314-6 et 18 lettre A) ;

2° tout acte entre vifs constitutif ou modificatif de servitude, d'usage, d'habitation, ou translatif de l'exercice du droit d'usufruit (art. 1932-2) ;

3° tout acte entre vifs portant renonciation à ces mêmes droits (art. 1932-3) ;

4° tout jugement d'adjudication de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque (1) autre que celui rendu au profit du tiers détenteur qui a entamé la procédure de purge (art. 1932-4) (2) ;

(1) V. art. 685 C. pr. civ. qui charge le greffier d'y procéder dans le délai de 10 jours sous peine d'amende qui peut s'élever à 1.000 livres, et de dommages-intérêts. L'art. 1932-4 (cité au n° 203) ajoutait une limitation qui est abrogée à la suite des dispositions nouvelles qui ont assujéti à la transcription les partages d'immeubles.

(2) Art. 2050 C. civ. it.

5° tout acte spécialement visé par la loi comme devant être passé par écrit et non compris dans les premiers sept numéros de l'art. 1314 (art. 1314, n° 8 et art. 18, lettre a) (1).

6° tout jugement qui déclare l'existence ou la modification de ces mêmes droits (art. 19, lettre b) (2).

7° tout acte portant affranchissement du droit d'emphytéose (art. 18, lettre b) (v. n° 223) (3).

B. *Deuxième catégorie: Mutations par décès.* — Doivent être transcrits : 1° Les testaments et les procès-verbaux de dépôt de testaments olographes ou d'ouverture ou publication des testaments secrets, et les actes constatant la qualité d'héritier ou de légataire ou contenant des dispositions relatives à des immeubles (art. 18, lettre c) ; entre autres les certificats de déclaration de succession *ab intestat* relative à des immeubles ou à des droits susceptibles d'hypothèque (4), les jugements constatant la qualité d'héritier ou de légataire d'immeubles, l'acceptation ou la renonciation de ou à la succession légitime ou testamentaire (art. 19, lettre c).

(1) Il s'agit d'actes qui seraient déjà soumis à la transcription comme actes translatifs : a) contrat de mariage (art. 1382). Le contrat de mariage serait déjà assujéti à la transcription, lorsqu'il contient donation d'immeubles faite par des tiers aux époux ou par un époux à l'autre, constitution de dot faite par un tiers ou par la femme à soi-même d'un immeuble estimé avec déclaration expresse que la constitution transporte la propriété au mari, ou constitution de communauté de biens comprenant les immeubles ; b) l'acte d'exécution du jugement de séparation de la dot des biens du mari (art. 1419) ; c) l'acte écrit duquel résulte la constitution d'un consortium pour l'usage de l'eau, etc. (art. 657).

(2) Pour les jugements prononçant la nullité, résolution, rescision, révocation, reste en vigueur, l'art. 1934 relatif à la mention en marge (art. 19, lettre b), qui doit être opérée par les avoués.

(3) L'obligation d'opérer la transcription est imposée, sous peine d'amende, aux notaires quant aux actes par eux dressés ou authentiqués dans un délai de 90 jours et aux greffiers quant aux jugements dans le délai, en général, de 30 jours de leur publication (art. 18, 19, 21 et 22). Quant aux demandes et autres actes nous donnerons après des précisions.

(4) L'art. 2 du décret-loi 24 novembre 1919, n° 2163, ajoutait : pourvu que la valeur des différentes portions héréditaires dépasse les 100 livres, mais cette limitation ne figure pas dans le texte unique de la loi du 30 décembre 1923. Le receveur de l'enregistrement doit rédiger ce certificat de déclaration de succession et le transmettre au Conservateur des hypothèques dans le délai de 30 jours à compter du paiement des droits, avec les deux notes pour la transcription, rédigées par les parties, ou, à défaut, par lui-même, sous peine d'amende (art. 17).

C. *Troisième catégorie.* — Actes comportant une considérable diminution du droit de jouissance, sans toutefois comporter une limitation réelle, assimilés dans leurs effets aux actes d'aliénation :

1° les baux d'immeubles d'une durée de plus de neuf années (art. 1932-5) ; les contrats de société ayant pour objet des immeubles d'une durée de plus de neuf années ou interminée (art. 1932-6) ; tous actes ou jugements constatant quittance ou cession d'une somme équivalente à plus de trois années de loyers ou fermages non échus (art. 1932-7) ; 4° les actes de constitution de dot sur les immeubles de la femme (art. 18 lettre b) ; 5° les actes de stipulation de la communauté de biens entre époux (art. 18 lettre b) (1) ; 6) tous jugements qui déclarent l'existence ou la modification des actes et droits ci-dessus énoncés (art. 19, lettre b).;

D. *Quatrième catégorie.* — Tout acte entre vifs déclaratifs de propriété d'immeubles, d'emphytéose, d'usufruit, d'usage ou d'habitation ou de servitude (art. 18 lettre b), c'est-à-dire :

1° partage d'immeubles ou de droits susceptibles d'hypothèques ;

2° jugements d'homologation du procès-verbal de formation des lots dans le partage judiciaire de ces biens, visés par l'art. 894, Cod. pr. civ. (art. 19, lettre a) ;

3° tout acte récongnitif de servitude émanant du propriétaire du fonds asservi, qui, suivant l'art. 634 Cod. civ. (v. art. 695 C. civ. français) est le seul titre qui puisse remplacer le titre constitutif de la servitude à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription ;

4° toute transaction sur des droits réels immobiliers (art. 18 lettre a, art. 1314-7 et 18, lettre b) ;

5° tout jugement qui déclare l'existence ou la modification des actes ou droits ci-dessus énoncés (art. 19, lettre b).

E. *Cinquième catégorie.* — Actes tendant à modifier les droits réels immobiliers :

1° toute demande en révocation, rescision, résolution visée par les articles 1080 (révocation de donations pour cause d'inexécution des charges), 1088 (révocation des donations pour cause d'ingratitude, pour survenance d'enfant), 1235 (révocation paulienne), 1308 (rescision de la vente et du partage pour cause de lésion), 1511

(1) La transcription des actes énoncés aux n^{os} 4 et 5 doit être opérée aussi aux bureaux des hypothèques du lieu de la célébration du mariage.

(résolution de la vente d'immeubles pour cause d'inexécution des obligations de l'acheteur), 1533 (résolution de l'échange pour cause d'éviction possible ou arrivée, art. 1531 et 1552) (v. art. 1074 et 1705 Cod. civ. français), 1787 (résolution de la constitution de rente perpétuelle pour inexécution des charges du débiteur) (1). La transcription de ces demandes ainsi que de celles que nous allons énoncer sera mentionnée en marge de la transcription de l'acte d'aliénation sous peine d'amende, aux soins du demandeur ou de l'avoué (art. 1933-3 et aliéna et art. 20). Tout jugement prononçant la nullité, résolution, rescision, révocation d'un acte transcrit doit être mentionné en marge de la transcription de l'acte aux soins de l'avoué (art. 1934). Cette même mention a lieu pour les jugements relatifs à des actes non assujettis à la transcription par le Code civil, mais assujettis à la transcription par les nouvelles règles : constitution de dot, testaments, actes déclaratifs, etc... (art. 19 lettre b) ;

2° les demandes qui contestent les acquisitions à cause de mort : a) demande en pétition d'hérédité et demande en délivrance de la chose léguée ; b) demande en nullité du testament (art. 19 lettres d et e) ;

3° demande en nullité du partage (art. 19 lettre e) ;

4° demande en réduction des dispositions testamentaires et des donations (art. 19 lettre f) ;

5° demandes en nullité et en déclaration de simulation des contrats (art. 19 lettre g) ;

6° demandes en revendication de la propriété ou des droits réels de jouissance (art. 19 lettre h).

F. *Sixième catégorie.* — Actes et demandes qui interrompent la prescription de la propriété ou d'autres droits immobiliers :

1° les commandements et les actes de sequestré signifiés à celui

(1) Ces demandes sont celles énoncées déjà dans le système du Code civil. Suivant la lettre de la loi du 30 déc. 1923, l'obligation d'en opérer la transcription incomberait à l'huissier dans un délai de 90 jours, tandis qu'en ce qui concerne les autres demandes énoncées aux n°s 2° à 6° du texte la loi en chargerait les greffiers dans un délai de 30 jours à partir de leur présentation. Mais la rédaction obscure des art. 18 et 19 prête à controverse et on a soutenu que l'obligation incombe toujours à l'huissier ou toujours au greffier. En pratique la transcription est opérée par l'avoué.

qu'on veut empêcher de prescrire (art. 18, lettre d, art. 2125 C. civ. (v. art. 2244 C. civ. fr.) ;

2° demandes en vertu desquelles la prescription est interrompue (art. 19 lettre i) (1).

G. *Septième catégorie* — Actes comportant une limitation à la faculté de disposer des biens :

1° commandement dans la procédure de saisie immobilière (art. 1933-1°) ;

2° acceptation sous bénéfice d'inventaire (art. 1933-2°, 955) ;

3° le séquestre d'immeuble au sens de l'art. 1875 n° 1 C. civ. (v. art. 1961 C. civ. fr.), d'immeuble, c'est-à-dire, dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes ou pour lesquels il y ait un danger d'aliénation ou détérioration (art. 19 lettre l) ;

4° les actes de séquestre de maisons de commerce de sujets ennemis ordonnés par décret préfectoral (art. 18 lettre d ; art. 5 du décret du 8 août 1916, n° 961) ;

5° les actes de séquestre des biens des sujets ennemis (art. 18 lettre d ; art. 5 du décret du 18 janvier 1918, n° 36) (2).

220. *Appréciation critique. L'absence de réglementation des effets de la transcription. Le système de la jurisprudence.* — Si on a réalisé un large système de publicité des actes concernant la propriété et les autres droits immobiliers (3), il importe de remarquer que le défaut très grave du système est le manque absolu de dispositions concernant les effets de la transcription des nouveaux actes et la sanction civile de l'inobservation de la formalité. La question a immédiatement partagé la doctrine et la jurisprudence

(1) Quoique ces articles 18 et 19 ne rappellent que l'art. 2125 on doit considérer assujettis à la transcription aussi la demande et l'acte interruptif visés par les articles 2136 et 2129 (art. 2248 C. civ. fr.). Les actes dont au n° 1° doivent être transcrits par l'huissier, ceux visés par le n° 2°, par le greffier, sauf controverse.

(2) La constitution du lien dotal sur les immeubles de la femme (art. 18 lettre b) est un acte qui emporte une limitation au droit de disposer. Nous l'avons déjà indiqué dans la troisième catégorie.

L'art. 29 du texte unique, 9 juin 1898, n° 875, annexe A, visait aussi l'avis de constitution en demeure au contribuable pour le paiement de l'impôt sur les bénéfices de guerre.

(3) Restent en dehors les actes sous seings privés dont les signatures n'ont pas été authentiquées par-devant notaire ; et les actes dressés à l'étranger par les Consuls ne sont pas assujettis obligatoirement à la transcription.

et seulement tout récemment un arrêt de la Cassation, toutes chambres réunies, a posé les principes fondamentaux pour la solution des problèmes très graves naissant de ce défaut, sans toutefois résoudre toutes les nombreuses questions qui continuent à partager les opinions des juristes et les arrêts des Cours.

Suivant une première opinion, les nouvelles dispositions législatives n'auraient qu'une portée fiscale, tandis que suivant une autre opinion, quoique édictées dans un but fiscal, auraient une portée indiscutable de droit substantiel. C'est cette dernière thèse qui a prévalu et qui a été nettement affirmée dans plusieurs arrêts et notamment dans l'arrêt cité de la Cassation, toutes chambres réunies (1). Mais, une fois posé le principe de l'effet civil de la transcription il n'est pas aisé d'en tirer les conséquences dans les différents cas, où elle est édictée.

L'arrêt cité observe qu'il est facile de remarquer que les actes énoncés aux articles 17 et 18 de la loi de 1923 concernent des actes translatifs ou déclaratifs de droits, tandis que ceux de l'art. 19 concernent les demandes en justice que les greffiers et les huissiers doivent faire transcrire, de sorte que *grosso modo* les premiers peuvent être rangés dans la catégorie des actes visés par l'art. 1932 du Code civil (2), pour lesquels l'art. 1942 édicte la sanction de l'inopposabilité aux tiers, tandis que la deuxième catégorie d'actes rentre plus particulièrement dans la catégorie des actes énoncés à l'art. 1933 du Code civil, pour qui la sanction n'est pas celle de l'art. 1942 mais celle spécialement indiquée dans de particulières dispositions de loi (3).

Mais, encore, il s'agit de voir si à tous les actes qui peuvent rentrer dans la première catégorie on peut appliquer la sanction de l'inopposabilité de l'art. 1942 et si les effets des actes de la deuxième catégorie sont analogues à ceux établis par la loi en ce qui concerne les actes visés par l'art. 1933, ou bien si, tout en ne méconnaissant pas les effets civils de la nouvelle transcription, il ne faille faire des distinctions suivant la nature des différents actes, demandes et jugements.

(1) Cassazione, Sezioni Unite, 3 février 1931, *Giur. It.*, I, 1. 139.

(2) Ceux-là visés par les articles 1 et 2 de la loi française de 1855.

(3) Toutefois il faut noter que l'art. 18 et non l'art. 19 rappelle l'art. 1933 du C. civ. relatif à certaines demandes, sans, par ailleurs, rien changer à cette disposition.

C'est à cette dernière conclusion qu'aboutit la Cassation, qui donne une claire solution de la question qu'elle était appelée à décider, mais elle laisse ouverte la question quant à plusieurs actes assujettis à la transcription. On peut d'abord admettre que les effets de l'art. 1942 soient étendus à la constitution de la communauté entre époux. Mais en ce qui concerne le partage, nonobstant l'extension implicite de l'art. 1942 faite par l'art. 17 de la loi de 1923 plusieurs auteurs pensent que le but de la transcription ne puisse pas être celui de déterminer la préférence entre plusieurs ayants cause du même aliénateur, mais seulement celui de donner au tiers qui ait acquis et conservé des droits sur les immeubles, la faculté de considérer comme non avenu le partage non transcrit. C'est la solution qui reconnaît la possibilité d'appliquer la sanction de l'inopposabilité tout en respectant la nature propre des actes déclaratifs, à laquelle nous nous sommes ralliés (1). Les mêmes auteurs pensent que l'effet de la transcription de la transaction ne peut être que celui de donner à ces mêmes tiers le droit de méconnaître la transcription postérieure de la transaction et de commencer ou poursuivre le procès dans le but de sauvegarder leurs droits (2).

En ce qui concerne les mutations à cause de mort on pense que la publicité ne puisse rien changer au principe que l'héritier ou le légataire est investi, au moment même du décès, de la propriété des biens du défunt et que la publicité ne puisse, par suite, jouer son rôle normal, ainsi que nous l'avons déjà montré (3).

On décide par conséquent que la transcription de la mutation par décès n'ait que l'utilité d'établir la généalogie des immeubles et qu'elle soit, en plus, une condition nécessaire pour la détermination de la qualité d'héritier apparent, sans toutefois procurer au successeur, dont le nom figure au registre, une attestation de cette qualité et sans ménager, par suite, aux contractants avec lui, une protection contre la revendication d'un héritier ou légataire préférable.

(1) V. n° 143. Dans ce sens, L. Coviello, *Rivista di diritto civile*, 1916, p. 745 ; Ramponi, *Atti Accademia Scienze Bologna*, Série II, vol. II, 1917-1918, vol. III, 1918-1919, pp. 9 et s. ; *Contra*, dans le sens de l'application intégrale de l'art. 1942, De Ruggiero, *Istituzioni*, Messina, ed. Principato, t. I, p. 605, note ; mais cet auteur reconnaît la force de la thèse adverse.

(2) V. n° 144.

(3) V. n° 16, 147 et s. V. F. Amici, *La trascrizione degli atti di ultima volontà*, Rollandino, 1918, p. 370.

La prescription acquisitive de dix ans de l'art. 2137 Cod. civ. serait applicable même au cas de transcription d'une acquisition à cause de mort. En effet, l'art. 2137 à la différence du correspondant art. 2265 du Cod. civ. français, exige la transcription du titre.

En outre, l'héritier et le légataire ne pourront disposer de l'immeuble acquis à cause de mort sans avoir transcrit au préalable la mutation même.

Mais on conçoit que toute conclusion est contestable dans le silence de la loi.

En ce qui concerne la publicité de l'autre catégorie d'actes et particulièrement des demandes en justice, suivant une première opinion, suivie d'abord par la jurisprudence, l'effet de la transcription des nouvelles demandes serait réglé par le principe que les acquisitions des tiers antérieures à la publication de la demande, seraient sauvegardées, tandis qu'elles seraient atteintes par l'anéantissement au cas où ces acquisitions fussent transcrites postérieurement à la transcription de la demande.

Suivant cette thèse les demandes en revendication, en pétition d'hérédité, en délivrance de la chose léguée, en nullité ou annulation, en simulation de contrats ou en nullité de testaments, en réduction, devraient s'arrêter devant un tiers acquéreur qui ait transcrit son titre avant la transcription de ces mêmes demandes.

Une acquisition *a non domino* serait considérée valable, par la simple vertu de la transcription, même au cas de mauvaise foi du tiers. Cette réforme aurait, par suite, abrogé l'art. 434 Code civil, qui admet la revendication à l'égard de tout possesseur ou détenteur ; l'art. 2137 Code civil qui exige pour la prescription acquisitive par dix ans, un juste titre dûment transcrit, la bonne foi et une possession décennale ; l'art. 993 Code civil : lorsque le tiers a transcrit son titre ne serait plus recevable contre lui ni la pétition d'hérédité, ni l'action en nullité de testament, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre titre onéreux et titre gratuit, bonne ou mauvaise foi ; l'art. 1319 Code civil : la Doctrine dominante en Italie juge inopposable la simulation au tiers de bonne foi ; suivant la thèse en question même le tiers de mauvaise foi qui ait transcrit serait à l'abri de toute atteinte d'action en simulation ; l'art. 1096 qui vise l'action en réduction des donations. En un mot, la loi de 1923 aurait institué le système de la force probante sans introduire le principe de légalité. Néanmoins, cette thèse a

été acceptée par l'arrêt du 24 avril 1929 de la 1^{re} Section de la Cassation (1) concernant une demande en nullité. Contre cet arrêt décida toutefois, dans la même cause, la Cour d'appel de Rome (2) et son arrêt fut confirmé par la Cour de Cassation jugeant à sections réunies (3).

Tout en jugeant que les nouvelles dispositions comportent des effets civils, la Cour Suprême a décidé que les effets de la transcription des nouvelles demandes ne peuvent pas être les effets spéciaux édictés par le Code civil par rapport aux demandes énoncées à l'art. 1933. Il s'ensuit que la transcription des nouvelles demandes est exigée à l'instar de la loi belge, sans que la loi italienne connaisse toutefois les sanctions de cette loi (4).

La transcription de la demande en délivrance de l'immeuble, en exécution d'une convention passée par acte sous seing privé, donne lieu à une question toute particulière. Certains auteurs observent que cette demande n'est pas visée par l'art. 19 de la loi de 1923 parce que l'action de l'acquéreur contre l'aliénateur, tendant à la reconnaissance de l'effet translatif de la convention ou à en obtenir l'exécution ne peut pas être considérée une action réelle en revendication, mais elle est une action de nature personnelle (5).

Tout en admettant que cette demande doive être transcrite, la transcription, suivant lesdits auteurs, n'aurait pas un effet forclusif à l'encontre d'une transcription d'un acte d'acquisition du chef du même aliénateur en faveur d'un deuxième acquéreur (6). Mais la jurisprudence la plus récente est allée dans une direction contraire (7).

Ces derniers arrêts ont jugé que s'il est vrai que la transcription

(1) Cass., Rome, 1^{re} Section, Quesada-Turra, *Foro It.*, 1929, 1233, avec note de L. Coviello.

(2) Rome, 10 juin 1930, *Giur. It.*, 1930, II, 428.

(3) Cass., Sezioni Unite, 3 février 1931, *Giur., It.*, 1931, I, 1, 139.

(4) V. n° 204 in fine.

(5) *La domanda di revindica e la sua trascrizione*. L. Coviello, note à l'arrêt du 17 avril 1928 de la 2^e section de la Cassation en sens contraire.

(6) Dans ce sens, Cass., Rome, 21 juin 1923, *Giur. It.*, 1923, I, 1, 886 ; Aquila, 25 avril 1922, *Giur. It.*, I, 2, 275 ; Milano, 22 janvier 1926, *Giur. It.*, 1927, I, 2, 500 avec note contraire de Galli ; Milano, 7 mai 1926, *Temi Lombarda*, 706.

(7) Appel, Rome, 31 mars 1925, *Foro It.*, I, 321 ; Cass., Rome, 28 avril 1928, *Foro It.*, I, 440 et *Riv. di dir. civ.*, 1928, p. 306 avec note en faveur de A. Ascoli ; Cass., Rome, 17 avril 1928, *Foro It.*, 1928, I, 927 et 23 juillet 1928, *Rep.* 1928, *Franser.*, n° 30, et *Riv. dir. pr. civ.* 1930, 3 avec note de A. Sorrentino.

n'a pas la vertu de consolider l'acquisition, la transcription de la demande, contenant en soi-même la transcription d'un acte d'acquisition, a le pouvoir d'instituer le conflit entre l'acquéreur en vertu de cet acte et un autre acquéreur qui aurait transcrit son titre postérieurement à la publicité de la demande. Dès lors, ce ne serait pas la transcription de la demande, mais la publicité indirecte de l'acte d'acquisition sur qui la demande est fondée, qui aurait la vertu de rendre opposable cette acquisition aux tiers.

Il s'ensuit que s'il s'agit d'une action en revendication fondée non pas sur un contrat mais sur un droit de propriété valable *adversus omnes* les acquisitions antérieures même transcrites avant la transcription de la demande en revendication tombent justement parce que la transcription ne consolide pas les droits acquis à *non domino* et ne valide pas les droits entachés de vices. La transcription-notice de la demande en exécution du contrat ou en délivrance de l'immeuble équivaut au contraire publication de l'acte d'acquisition valable entre les parties et, par suite de la publication indirecte, aussi à l'égard des tiers.

Il est vrai que cette jurisprudence ajoute quelque chose à la loi, qui est muette, mais on peut accepter cette solution qui n'est pas étayée sur l'interprétation analogique de l'art. 1933, C. civ. (1).

En ce qui concerne les demandes en pétition d'hérédité et en nullité de testament, l'effet de leur acceptation par le jugement devrait être celui de faire tomber toutes les acquisitions du chef de l'héritier apparent, même transcrites avant la transcription de la demande, en tant qu'acquisition *a non domino*. Mais on sait que l'art. 933 C. civ. italien respecte les actes de disposition consentis par l'héritier apparent à titre onéreux à des tiers de bonne foi.

Il y a lieu de se demander si la transcription de la demande aura l'effet d'empêcher les acquisitions postérieures de bonne foi. Dans ce sens s'est prononcée la jurisprudence (2), acceptée par une partie de la Doctrine. Cette décision en ce qu'elle est fondée sur l'interprétation analogique de l'art 1933 prête à la critique (3), mais il nous semble que cette solution soit néanmoins acceptable parce

(1) En ce sens Ascoli, *Rivista di dir. civ.*, 1928, pp. 306 et s.

(2) Appel Rome, 30 mars 1925, *Foro It.*, 1925, 321 ; Cass., Rome, 29 décembre 1923, *Foro It.*, 1924.1.214 avec note de Butera.

(3) Ascoli, *Rivista di diritto civile*, 1926, p. 595 et 1928, pp. 306 et s. ; Ferrara, *Riv. di diritto comm.*, 1928, p. 632.

que la nature même de la transcription-notice est celle de constituer une présomption absolue, *juris et de jure*, de connaissance de la demande en pétition ou en nullité du testament, et de subordonner, par suite, à l'issue du procès, l'efficacité des acquisitions postérieures à la transcription de la demande (1).

Il est vrai, comme observe M. Ascoli, qu'il ne s'agit pas de transcrire, avec ces demandes en pétition d'hérédité et en nullité du testament, une précédente aliénation valable, de sorte qu'on ne peut pas parler de conflit entre plusieurs titres, dont un n'aurait pas été transcrit pour défaut de forme, comme dans l'hypothèse de la demande en exécution d'un contrat passé par acte sous seing privé non authentiqué ; mais il nous semble que la solution de l'opposabilité puisse être acceptée pour un autre ordre de raison. Au cas de pétition d'hérédité ou de nullité de testament, la loi (art. 933 C. civ.) a déjà écarté le principe *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, comme au cas de l'action paulienne.

Dans ce dernier cas, la transcription de la demande, comme nous l'avons déjà observé (2), au lieu de limiter l'application de ce principe, en fait application par exception, aux tiers, indépendamment de la mauvaise foi, si leur acquisition est postérieure à la transcription de la demande, dans le sens que la transcription de la demande vaut notice, et, par suite, présomption de connaissance à l'égard des tiers. C'est le seul rôle pour lequel la transcription est édictée et qui est la conséquence logique de la nature de cette publication. Dès lors, ces mêmes effets doivent être reconnus à la demande en pétition d'hérédité et en nullité des testaments. L'interprétation analogique de l'art. 1933 n'est pas possible à l'égard des actions en revendications et en nullité parce que ces demandes ne sont pas réglées par les mêmes principes de celles visées par cet article. Mais elle est logique et s'impose au cas qui nous intéresse à cause de l'identité de la nature de l'action en pétition d'hérédité, telle qu'elle résulte de l'article 933 limitatif de ces effets, et de l'action paulienne visée, en ce qui concerne les effets de la transcription, par l'art. 1933. L'argument d'analogie en un mot n'est pas tiré de l'art. 1933 d'une manière générale

(1) Dans ce sens, Ramponi dans les notes citées, et Butera dans la note citée. M. Ascoli, qui accepte la thèse de l'opposabilité de la transcription de la demande en délivrance d'immeuble basée sur un contrat, n'accepte pas cette solution en ce qui concerne les demandes en pétition d'hérédité.

(2) V. n^{os} 204, 207.

mais de la réglementation particulière de l'action paulienne. Cette solution s'harmonise avec l'opinion qui considère la transcription des mutations par décès, une condition de la détermination de la qualité d'héritier : la transcription de la demande en pétition d'hérédité, en nullité de testament, rendraient impossible l'existence de la qualité d'héritier apparent (1).

SECTION III

Les projets de Réforme

221. *Examens des projets Gianturco, Scialoja et du Comité pour la réforme du Code civil italien. Généralités.* — Si l'on considère les graves questions que soulève le défaut absolu de dispositions concernant l'effet civil de la transcription, on conçoit aisément que la réforme de la transcription soit restée à l'ordre du jour nonobstant la loi du 30 décembre 1923.

Il nous faut par conséquent examiner les projets de réforme que nous avons mentionnées, et exposer les principes directeurs suivis par le Comité pour la réforme de la transcription nommé au sein de la Commission pour la réforme du Code civil. Les travaux de ce Comité n'ont pas encore été rendus publics et nous devons les renseignements que nous sommes à même de donner à la courtoisie d'un des éminents juristes qui composent le comité, M. Roberto de Ruggiero.

222. *Sanctions de l'obligation de transcrire. Le principe relatif et le principe absolu de la transcription. Effets de la transcription.* — Dans le but d'assurer d'une manière indirecte l'accomplissement de la transcription, les projets Gianturco et Scialoja avaient examiné, pour le rejeter, le principe relatif de la publicité, suivant lequel nul ne peut transcrire ou inscrire sans justifier au conservateur que le titre du disposant est lui-même transcrit, de crainte de faire sortir le conservateur de son rôle passif et aussi en raison de la conséquence fâcheuse qu'on pourrait en tirer en décidant que le tiers qui n'a pas transcrit est à l'abri des inscriptions des hypothèques légales et judiciaires (1), ainsi que du commandement

(1) V. sur toutes ces questions : G. Scarpello, *Circ. Giur.*, 1930, pp. 25, 199, 280 ; G. Gorla, *Riv. dir. civ.*, 1930, p. 205 ; Temi Lomb., 1931, p. 209 ; F. Viani, *Foro lig.*, 1930, p. 150 ; C. Losana, *Rollandino*, 1931, p. 193.

(2) V. la solution de cet inconvénient par la *Société d'Etudes législatives* n° 194.

immobilier. Dès lors les projets Gianturco et Scialoja (art. 10) permettaient la transcription sans justifier de la transcription du titre du disposant ; mais en même temps ils disposaient que dans le cas où un acte d'acquisition est assujéti à transcription, les successives transcriptions et inscriptions contre l'acquéreur n'auraient point d'effet à défaut de la transcription de l'acte d'acquisition. Ils subordonnaient l'efficacité de la publicité des dispositions accomplies par un acquéreur de droits assujéti à transcription à l'existence de la transcription en faveur de son acte d'acquisition. Cette publicité avait effet rétroactif et elle consolidait la transcription du titre d'acquisition. Ce principe est déjà en vigueur pour les actes d'acquisition entre vifs : il était étendu aux actes déclaratifs et aux acquisitions à cause de mort. Le principe de la continuité des transcriptions n'était ainsi réalisé qu'en partie. Le Comité pour la réforme de la transcription de la Commission pour la réforme du Code civil semble vouloir s'éloigner cependant de ces projets pour proposer l'introduction non seulement du principe relatif de la publicité, mais aussi du principe absolu de la publicité qui fait dépendre de la transcription le transfert des droits réels même entre les parties (1), sans accepter cependant le principe de la force probante ou de la foi publique, qui exigerait, comme nous l'avons montré, l'introduction du principe de légalité. Resteraient, par suite, abrogées les dispositions des art. 710, 1062, 1125 et 1148 du Code civil, qui consacrent le principe du transfert de la propriété par simple consentement. De même seraient abrogés les articles 2015 et 2041 qui supposent un acquéreur qui n'a pas transcrit son titre. Le nouveau principe abrogerait de même la règle que la transcription une fois opérée profite à toutes personnes ayant intérêt (art. 1941 C. civ. et 28 du projet Scialoja) ainsi que la règle que le défaut de transcription ne peut pas être opposé par ceux qui sont chargés de faire faire la transcription dans l'intérêt de leurs représentés ou administrés (art. 1944 C. civ. et 29 du projet Scialoja).

La transcription pourrait être requise par toutes personnes ayant intérêt. Il y a lieu d'ajouter que le principe absolu de la transcription trouverait application seulement quant aux actes translatifs : en ce qui concerne les baux et les cessions de loyers non

(1) La *Société d'Etudes législatives* s'était prononcée dans ce sens le 4 janvier 1928.

échus, resterait en vigueur la sanction de l'inopposabilité aux tiers qui ont acquis et conservés des droits sur l'immeuble.

En outre, le principe absolu de la transcription ne jouerait pas quant aux actes déclaratifs (1). En cette matière et quant aux autres actes nouvellement assujettis à la transcription, le Comité pour la réforme de la transcription ne semble pas vouloir innover dans le système des projets Gianturco et Scialoja, qui, dans le but de ne pas laisser des doutes sur les effets de la transcription et de l'inobservation de la formalité, décidaient de ne pas édicter la sanction unique de l'inopposabilité, mais de réglementer expressément les effets de l'accomplissement et de l'inobservation de la publicité pour chaque catégorie d'actes, de jugements et de demandes, ainsi que nous allons le voir.

Le projet Gianturco proposait d'étendre l'inopposabilité à toutes personnes ayant intérêt ; mais le projet Scialoja s'en tenait au système actuel du Code civil italien.

Le Comité semble vouloir maintenir le système de la loi du 30 décembre 1923 quant à l'obligatorité de la transcription à la charge des notaires, huissiers et avoués, sous peine d'amende, mais le délai serait uniformément de trente jours.

Une sanction spéciale compléterait le principe relatif de la transcription, au cas de résolution, annulation, révocation, rescision d'un acte transcrit. La personne qui a obtenu l'annulation, etc... ne pourrait pas disposer de l'immeuble rentré dans son patrimoine avant d'avoir publié l'annulation, la résolution, etc...

223. *Etendue de la transcription. Actes translatifs et constitutifs.*

Quant à l'étendue de la transcription, tout d'abord, le projet Scialoja fait application de la publicité dans les cas où l'art. 1932 Cod. civ. laisse place à des doutes : sont assujettis à transcription : l'abandon des biens de la succession de la part de l'héritier bénéficiaire lorsque dans la succession il y a des immeubles (art. 968 Cod. civ.) ; les actes portant abandon de la mitoyenneté en vertu de l'art. 561 Cod. civ. (2), abandon du fonds assujetti à servitude en vertu de l'art. 643 (3), abandon de la copropriété en vertu de

(1) Il importe de rappeler que le projet de la Commission extraparlamentaire du cadastre, tout en respectant le caractère déclaratif du partage, étendait à cet acte, ainsi qu'à tous les actes déclaratifs, le principe absolu de la publicité, v. n° 119.

(2) V. art. 656, Cod. civ. français ; v. n° 21.

(3) V. art. 699, Cod. civil français ; v. n° 21.

l'art. 676 Cod. civ. au cas où ces abandons résultent d'acte écrit. La transcription est établie dans l'intérêt de celui en faveur de qui l'abandon a eu lieu, et à défaut d'acte écrit, il pourra faire transcrire le jugement. De même, le projet Scialoja assujettit à la transcription les actes en vertu desquels l'emphytéote obtient l'affranchissement ou le bailleur emphytéotique la dévolution de l'héritage emphytéotique. Si l'affranchissement ou la dévolution sont prononcés par jugement, c'est ce dernier qui doit être transcrit. Il s'agit d'actes unilatéraux comportant le transfert d'un droit susceptible d'hypothèque, qu'il intéresse de faire connaître aux tiers et à défaut de publicité duquel il ne doit pas être possible de disposer du droit acquis avec toute efficacité. Dans le droit italien l'emphytéote peut toujours affranchir l'héritage au sens de l'art. 1567 du Code civil. Le bailleur peut de son côté demander la dévolution ou résolution aux conditions énoncées à l'art. 1565 (art. 5, § 1, 2, 3 de la loi 25 juin 1922).

Il y a lieu d'observer que suivant l'art. 1567, du Code civil au cas de dévolution, les hypothèques inscrites du chef de l'emphytéote sont résolues et transportées sur le prix dû pour les améliorations (1), au cas d'affranchissement les hypothèques inscrites du chef du bailleur, se transportent sur le prix dû pour l'affranchissement. De ces dispositions ressort le caractère rétroactif de la dévolution et de l'affranchissement. Suivant le projet Scialoja le bailleur devrait au contraire respecter les droits concédés par l'emphytéote et publiés avant la transcription de la dévolution et l'emphytéote devrait respecter tous les droits concédés par le bailleur jusqu'à la transcription de l'affranchissement. Dès lors, la Commission de l'après-guerre n'accepta pas la sanction du projet Scialoja et décida d'exiger seulement la mention en marge à l'exemple des autres causes d'anéantissement. Mais la loi du 11 juin 1925 n° 998 exige à présent la transcription de l'acte d'affranchissement et de la demande en justice sous la sanction de l'inaopposabilité aux tiers (et non seulement aux tiers visés par l'art. 1942 du Code civil), et la mention en marge du jugement. Si antérieurement à la demande et au moment de la transcription de l'acte d'affranchissement, résultent des inscriptions sur le droit du bailleur, le prix de l'affranchissement doit être déposé à la Caisse des dépôts et prêts.

(1) L'art. 1566 dispose en effet qu'au cas de résolution, l'emphytéote a droit à une indemnité pour les améliorations.

Dès lors, le Comité pour la réforme de la transcription a jugé de devoir revenir sur la question. Il semble qu'il n'estime pas de devoir assujettir à la transcription la dévolution et l'affranchissement et qu'il se borne à exiger la mention en marge de la dévolution et de l'affranchissement, sous la sanction de l'opposabilité et à exiger la transcription de la demande en dévolution et de la demande, même extrajudiciaire, d'affranchissement avec les effets que nous indiquerons lorsque nous arriverons à ce sujet.

Enfin, il semble que le Comité proposera d'ajouter aux actes translatifs, les actes constitutifs de la propriété, pour assurer la publicité des concessions *ad aedificandum*, grâce auxquelles prend naissance une nouvelle propriété superficielle.

224. *Actes déclaratifs.* — En étendant la transcription aux actes déclaratifs, les projets Gianturco et Scialoja ont soin de concilier la publicité avec le respect de la nature qui leur est propre. C'est ainsi que ces projets n'édicte pas tout court la sanction de l'opposabilité aux tiers de crainte que cette sanction ne donne lieu à des doutes sur la nature déclarative de ses actes, mais ils établissent au contraire des dispositions particulières en vue d'éliminer les inconvénients qui peuvent dériver aux tiers, en raison de la nature déclarative de ces actes, faisant abstraction de la preuve de l'entente frauduleuse entre copartageants et indépendamment de cette entente.

Tout d'abord le partage doit être fait par écrit et la transcription du partage est une condition de l'efficacité de la publication des acquisitions du chef du copartageant (art. 10, projet Scialoja). Nous rappelons que l'intérêt des tiers vient en considération dans deux hypothèses : pendant l'indivision et avant tout partage l'un des copropriétaires aliène ou hypothèque sa part indivise dans un immeuble ; ou bien après que le partage a eu lieu et l'immeuble a été attribué à un seul des copropriétaires, un autre des copropriétaires aliène ou hypothèque sa part indivise.

Nous savons que l'art. 680 (1) concède aux créanciers ou cessionnaires d'un copartageant le droit de s'opposer à ce qu'on procède

(1) Art. 882 Code civil français. L'art. 680 du Code civil italien diffère de l'art. 882 du Code civil français en ce que, au sens de l'art. 882 les créanciers ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice d'une opposition, qu'ils auraient formée, en écartant le moyen

hors de leur présence au partage pour éviter qu'il ne soit fait en fraude de leurs droits.

Or, les projets en question considèrent tout d'abord comme opposant celui qui a transcrit ou transcrit un acte du chef d'un cohéritier ou copartageant, de sorte qu'il pourra attaquer un partage consommé hors de sa présence (1).

Les créanciers chirographaires reçoivent protection de ce que le projet impose d'autre part la transcription de la demande judiciaire en partage et de l'acte d'opposition visé par l'art. 680 qui peut provoquer l'intervention des tiers intéressés. Les créanciers et cessionnaires ne pourront attaquer le partage consommé hors de leur présence à défaut de transcription de l'opposition antérieurement à la transcription de l'acte de partage ou de la demande en justice au cas de partage judiciaire.

La publicité donnée à l'acte d'opposition élimine les inconvénients dérivant de la théorie jurisprudentielle suivant qui l'opposition vaut au profit du créancier saisie-arrêt (2).

De plus, il intéresse que les tiers puissent compter sur la correspondance du partage au droit des cohéritiers au moment où l'indivision a pris naissance. Dès lors, les projets disposent que les rapports obligatoires entre cohéritiers ne puissent préjudicier à l'entité de leurs droits au moment où l'indivision a pris naissance.

Aucune raison de prélèvement en nature pour cause de créances procédant de l'indivision ne pourra être opposée aux tiers qui ont transcrit ou inscrit, sauf au cas de créances procédant d'une cause antérieure à l'indivision, ou bien au cas de rapport visé par l'art. 1001 du Code civil.

Dans le but de concilier, d'ailleurs, l'intérêt des ayants cause des cohéritiers avec ceux des copartageants, le projet Scialoja dispose, au cas où le partage attribue à l'un des copartageants des biens différents de ceux par lui grevés d'hypothèque, le transport des hypothèques sur les biens qui lui sont attribués. L'hypothèque originale change d'objet, mais elle conserve son rang suivant la date

répressif de l'action paulienne tendant à la révocation du partage frauduleux, tandis que l'art. 680 concède aussi l'action paulienne normale au cas de fraude. On discute dans la doctrine italienne si l'action concédée par l'art. 680, outre l'action normale, puisse être considérée une action en révocation et on décide que non : elle ne doit pas être transcrite.

(1) C'est de notre avis l'effet qu'il faudrait attacher à l'inopposabilité v. n° 142.

(2) V. n° 30.

de son inscription. A cette subrogation le projet pose des conditions : tout d'abord l'hypothèque doit être de nouveau inscrite dans un délai de 90 jours à compter de la transcription du partage, de sorte que l'effet de la publicité du partage restera suspendu, mais pendant un délai relativement court. Celui qui traite avec l'un des copartageants serait sûr qu'on ne pourra faire valoir sur les biens qui lui sont attribués des droits non publiés à son égard seulement après ledit délai.

D'autre part, la subrogation d'un objet différent ne doit pas augmenter la valeur de la garantie hypothécaire et le droit de préférence, dont est pourvu l'ayant cause d'un des copartageants, doit être maintenu dans les limites de la valeur qui est attribuée, dans le partage, à l'immeuble originairement hypothéqué.

Enfin, une dernière limitation est établie aux effets de cette subrogation : elle ne doit dans aucun cas assurer à l'ayant cause d'un des copartageants une position de préférence à l'encontre des ayants cause de tous, ni préjudice aux garanties auxquelles tous les copartageants ont droit sur les biens partagés pour les soultes et retours de lots ou pour le prix de la licitation.

En outre, le projet attribue soit aux créanciers hypothécaires soit aux cessionnaires d'un des copartageants, toujours au cas où à ce dernier ne soient pas attribués dans le partage les biens hypothéqués ou cédés, la conversion de leurs droits en une créance sur les soultes et retours de lots et sur le prix de la licitation dus au débiteur, avec préférence suivant la date de la publicité de l'acquisition et dans les limites de la valeur des biens sur qui les droits avaient été acquis.

La préférence est établie de même en faveur de celui qui a inscrit l'hypothèque sur l'immeuble indivis, qui n'est pas attribué dans le partage à son auteur. S'il a inscrit une hypothèque de cent sur l'immeuble, à qui dans le partage est attribué une valeur de cinquante, la préférence vaudra dans les limites dans lesquelles l'hypothèque aurait eu son effet, pour une valeur non supérieure à celle qu'il aurait pu réaliser avec la vente de l'immeuble hypothéqué. La préférence sur les sommes pour soultes et prix de licitation ne doit pas d'ailleurs déterminer une immobilisation des créances découlant du partage. Dès lors les débiteurs sont libérés lorsqu'ils ont payé au copartageant, dans le délai de trente jours à compter de la notification du partage aux ayants droit, sans que ceux-ci aient fait oppo-

sition. Il semble que le Comité pour la réforme de la transcription se range à cette solution.

Au partage ces projets, qui procèdent tous par énumération, assimilent les jugements et les procès-verbaux portant licitation au profit d'un des copropriétaires, les jugements portant attribution des lots entre copartageants et les procès-verbaux de tirage au sort des lots au sens de l'art. 894 du Code de procédure civile.

En disposant la transcription des transactions relatives aux immeubles, le projet Scialoja n'a pas cru de devoir appliquer la sanction de l'art. 1942 Code civil. Suivant la règle générale l'efficacité des actes accomplis par celui des transigeants à qui l'immeuble est attribué est subordonnée à la transcription de la transaction ; mais les droits acquis avant la transaction recevront leur efficacité par la transaction même, avec cette limitation, toutefois, qu'on pourra faire valoir les droits acquis avant la publication de la transaction, sans tenir compte de la transaction consommée hors de la présence des titulaires de ces droits : ils resteront libres de commencer ou de poursuivre le procès, à qui leur auteur aurait renoncé avec la transaction et à eux seulement profitera la victoire. Le Comité ne semble pas vouloir innover.

225. *Mutations par décès.* — En ce qui concerne les mutations par décès, le projet Gianturco sanctionnait l'obligation de transcrire par l'indisponibilité des biens ; mais le projet Scialoja renonçait à ce système et faisait de la transcription de la mutation à cause de mort, suivant le principe général, seulement une condition de l'efficacité des transcriptions même antérieures du chef de l'acquéreur en leur assurant au cas où cette transcription ait lieu, l'efficacité déterminée par leur date. C'est le principe existant déjà quant aux actes entre vifs qui est étendu aux actes déclaratifs et aux mutations à cause de mort.

On sait que même dans les systèmes germaniques la publicité des mutations à cause de mort n'est pas ordonnée avec les mêmes effets que pour les actes entre vifs, dans le but, c'est-à-dire d'en faire dépendre l'acquisition de la publicité ou du droit réel. Dès lors le Comité de réforme du Code civil, qui accepte le principe absolu de l'inscription, semble vouloir accepter le système du projet Scialoja, avec cette différence toutefois, que la sanction du projet Scialoja se transformerait en une sanction d'indisponibilité des

biens successoraux, car, n'étant plus suffisant le consentement au transfert de la propriété, l'impossibilité de transcrire les actes de dispositions accomplies par l'héritier ou le légataire tant qu'ils n'aient pas transcrit leur titre équivaldrait à une suspension temporaire de l'exercice du droit de disposer. La même conséquence découlerait du reste même du principe relatif de la transcription.

Mais si la publicité ne détermine pas un ordre de préférence entre les acquéreurs, car il ne peut y avoir ni plusieurs dévolutions identiques à des héritiers ou à des légataires, ni concours d'une transmission par décès et d'une transmission faite de son vivant par le *de cujus*, les projets italiens établissent la publicité pour trois effets différents :

1^{er} A la publication de l'acquisition par décès est subordonnée la tutelle du tiers contractant avec l'héritier apparent relativement aux immeubles. Seulement, celui qui a transcrit l'acquisition peut être considéré héritier apparent à l'égard du tiers acquéreur à titre onéreux et de bonne foi :

2^o Celui qui a transcrit de bonne foi l'acquisition à cause de mort prescrit la propriété ou les droits réels immobiliers par dix ans à compter de la date de la transcription. Non seulement les tiers contractant de bonne foi avec l'héritier apparent, mais l'héritier apparent de bonne foi et le successeur à titre particulier en vertu d'un testament qu'il croit valable doit être à l'abri des demandes en pétition ou en nullité de l'héritier véritable après le délai de dix ans;

3^e Les tiers qui ont acquis de bonne foi et légalement conservé les droits sur l'immeuble héréditaire immédiatement du chef d'un successeur à cause de mort, c'est-à-dire d'un légataire, ne peuvent être préjudiciés par des contestations au regard du fondement de l'acquisition héréditaire plus de dix ans après la transcription de la mutation par décès.

Le délai décennal de la prescription acquisitive d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, s'applique, par suite à une prescription extinctive des raisons des personnes autres que celles qui ont disposé des biens successoraux. La bonne foi du disposant n'est pas nécessaire, la bonne foi du tiers qui a profité de la disposition suffit.

A ces trois effets de la transcription des mutations par décès, il y a lieu d'ajouter l'effet qui découle de la transcription des demandes en pétitions d'hérédité ou en nullité de testament. Les tiers qui ont acquis à titre onéreux du chef de l'héritier apparent après la transcription d'une de ces demandes ne peuvent pas invoquer la bonne

foi aux effets de l'art. 933, alinéa du Code civil. Dans le système du Code civil la pétition d'hérédité proposée contre l'héritier apparent peut rester inconnue par le tiers qui traite avec ce dernier. Le demandeur victorieux peut voir sa victoire rendue inutile par un acte de disposition accompli après la demande en justice. Ce danger est éliminé au même moyen qu'au cas d'action paulienne (1).

Quant à la forme de la publicité des mutations par décès, tandis que le projet Gianturco disposait la publication des testaments et des déclarations de succession, le projet Scialoja, suivi par le Comité, dispose que la publicité soit réservée au moment où intervient un acte de volonté de l'appelé à la succession. L'appelé à titre universel ou à titre particulier qui veut être à même de disposer de l'acquisition au moyen d'actes assujettis à la transcription devra accepter expressément et ce sera cet acte d'acceptation passé par-devant notaire ou par acte sous seing privé authentique qui devra être transcrit et former le fondement des aliénations successives.

L'acte d'acceptation ne sera pas exigé lorsque l'acceptation résulte d'un acte qui suppose nécessairement la volonté d'accepter : au cas de disposition de biens de la succession, de partage, de transaction, de renonciation en faveur de cohéritiers. Dans ce cas, en vertu d'un seul acte on devra remplir deux formalités : l'une en faveur de l'appelé à la succession, l'autre en faveur de son ayant cause.

226. *Constitution de dot et constitution de communauté entre époux.* — Les projets en question disposent la transcription de l'acte de constitution de dot faite par la femme à elle-même et de constitution de communauté entre époux. Au cas où la dot comprend aussi les biens futurs et soit stipulé la clause de remploi au sens de l'art. 1403 Code civil ou bien au cas où il soit stipulé la communauté non seulement des revenus mais aussi des acquêts, la transcription du bien dotal ou de la communauté devra avoir exécution au fur et à mesure que les biens seront acquis.

Au cas de constitution de dot faite par un tiers les projets exigent deux transcriptions : une à l'égard du constituant afin de rendre public le transfert, l'autre à l'égard de la femme dotée, afin de rendre publique l'affectation particulière des immeubles et leur inaliénabilité.

(1) V. n^{os} 204, 233, 238.

La sanction de cette transcription est plus large que celle de l'art. 1942 : le lien dotal non transcrit est inopposable à toutes personnes ayant intérêt.

Dans le projet Gianturco le mari et le tuteur étaient responsables de la transcription du lien dotal ; mais cette clause ne figure pas dans les projets Scialoja, que semble vouloir suivre le Comité pour la réforme de la transcription.

227. *Publicité de la prescription acquisitive.* — Dans le but d'assurer la réalisation du principe que toute transcription doit se baser sur une transcription précédente, les projets disposent la transcription du fait juridique de l'accomplissement de la prescription acquisitive, en vertu de laquelle la possession légitime est convertie en droit et le prescrivait est investi du droit de disposer. Ce fait doit résulter d'un jugement, qui sera l'acte assujéti à la transcription. La sanction sera celle générale de l'inefficacité des inscriptions et transcriptions postérieures à défaut de transcription de l'acquisition qui en est le fondement : l'indisponibilité absolue dans le projet du Comité. Lorsqu'il n'y aura aucun jugement à défaut de contestation, l'obligation de transcrire et la relative sanction n'auront pas d'application.

Il est question d'exiger aussi la transcription des actes ou documents récongnitifs de servitude pour résoudre la question si doit être transcrite une servitude résultant d'un document récongnitif au sens de l'art. 634 Code civil (art. 695 Code civil français) (1).

Il y a lieu d'observer encore que ladite sanction n'est pas suffisante à éliminer un grave inconvénient qui peut se produire. Nous avons vu (2), que l'accomplissement de la prescription a effet rétroactif ; lorsque l'usucapion est achevée, le possesseur est réputé propriétaire dès le moment où la prescription a commencé à courir, de sorte que les tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble pendant la durée de l'usucapion les voient rétroactivement consolidés et à l'inverse les droits réels consentis par le propriétaire depuis le début de la possession sont inopposables au possesseur, une fois l'usucapion accomplie. C'est une solution inique qui sacrifie les acquéreurs du chef de la personne qui avait le droit de disposer aux acquéreurs du chef de celui qui, à ce moment, n'avait pas ce pou-

(1) Cass., 7 juillet 1924, *Foro It.*, I, 969, note de M. Segre.

(2) V. n° 32. Pour l'Italie, Pugliese, *Prescrizione acquisitiva*, n° 294.

voir. C'est ainsi que le Comité semble vouloir proposer de décider que resteront toujours sauf les droits acquis par les tiers du chef du véritable propriétaire antérieurement à la transcription de la demande ou exception tendant à faire déclarer l'accomplissement de la prescription acquisitive.

228. *Nomination du curateur à la succession vacante et d'autres administrateurs.* — Le projet Scialoja ordonne la transcription de la nomination du curateur de la succession vacante (art. 980 et suiv.) ou d'un administrateur de la succession sous condition ou en faveur d'enfant à naître (1). Cette disposition est sanctionnée par la responsabilité personnelle du curateur ou administrateur ; et suivant la règle générale les actes de dispositions faites par ces derniers seront subordonnés à la transcription du titre duquel ils tirent leur pouvoir de disposer : dans le projet Scialoja c'est l'efficacité de l'acte de disposition qui est subordonnée à ladite publicité ; dans le projet du Comité, la sanction serait l'indisponibilité.

229. *Jugements d'interdiction, d'inalibitation, de nomination du syndic de la faillite.* — Dans un autre but, c'est-à-dire afin de donner protection au crédit et au commerce des immeubles, les projets ordonnent la transcription des jugements restrictifs de la capacité de disposer par rapport aux immeubles : les jugements d'interdiction ou de nomination d'un conseil judiciaire (inhabilitation), la nomination d'un administrateur provisoire à la personne et aux biens de celui qui doit être interdit doivent être transcrits dans un délai de 30 jours au bureau des hypothèques du lieu de la situation des immeubles sous peine d'amende et de dommages-intérêts. De même et sous la même sanction les projets ordonnent la transcription de la nomination du syndic de la faillite.

230. *Jugements et actes de résolution.* — Au principe de la continuité des transcriptions se rattache une autre disposition tendant à étendre la publicité de l'art. 1934 Code civil, concernant les jugements de nullité, résolution, révocation et rescision d'un acte transcrit, au moyen de la mention marginale, à tous les faits déterminant l'annulation, la rescision, la révocation ou la cessation de la suspension, la réalisation de la résolution, à qui un acte est subordonné.

(1) Art. 857, 858, 859, 860, 861 Code civil.

Dans le projet Scialoja amendé par le Comité de l'après-guerre, la sanction ne serait plus l'amende à la charge de la partie ou de l'avoué, mais la sanction générale de la suspension de l'efficacité des transcriptions ou inscriptions prises sur celui qui a obtenu ladite modification ; la transcription de la modification c'est-à-dire du jugement qui la consacre, est nécessaire pour pouvoir publier efficacement les actes de disposition successifs et dépendant de cette modification. Suivant les principes directeurs du Comité de réforme de la transcription, cette inefficacité se transformerait en une véritable indisponibilité.

En ce qui concerne la publication de la cessation de la suspension ou de la réalisation ou de la résolution, le Comité est d'avis de limiter la publicité à l'arrivée de la condition résolutoire, parce que le but de la publicité est la protection des tiers qui ne veulent traiter avec celui qui résulte propriétaire en vertu d'un titre, dont soit cessée l'efficacité.

Au cas de condition suspensive la réalisation de la condition ne peut pas nuire aux ayants cause de celui qui a acquis sous condition ; si l'événement ne se réalise pas, ces ayants cause ne peuvent ignorer que leur auteur est propriétaires *sub conditione*, car dans la pensée du Comité les conditions doivent être publiées, ainsi que nous allons le voir. Il est vrai qu'au cas de réalisation de la condition suspensive tout droit de l'ancien titulaire, qui a disposé *sub conditione*, vient à cesser et que, par suite, il intéresserait aux tiers de le savoir, pouvant autrement croire qu'il puisse encore disposer au cas de défaut de la publicité donnée à la condition ; les tiers, ne pouvant pas en ignorer l'existence, sont à même d'exiger de leur contractant la preuve de la réalisation de la condition.

Quant à la formalité de la mention à défaut de jugement, le titre suffisant serait une déclaration unilatérale de la personne contre qui la condition s'est réalisée.

231. *Publicité des conditions.* — Le projet Scialoja ne dispose pas la transcription des conditions. Or, il y a lieu d'observer que dans le système italien le défaut de publication des conditions est encore plus grave que dans le système français, car dans ce dernier la transcription intégrale du titre transcrit qui enferme la condition donne bien souvent publicité aux conditions ; tandis que dans le système italien, les notes ou bordereaux ne reproduisent pas intégralement le titre et on décide généralement que les dispositions relatives au terme et

à la condition ne sont pas comprises dans les indications relatives à la nature du titre (art. 1997 2° Code civil). Dès lors on conçoit que le Comité pense à édicter l'obligation de comprendre dans les notes les dispositions relatives au terme et à la condition à qui l'acte est subordonné.

232. *L'hypothèque de l'aliénateur.* — Le projet Scialoja maintenait l'effet rétroactif et occulte de l'hypothèque légale de l'aliénateur, non seulement, mais il étendait les effets occultes de cette hypothèque à celle du copartageant. Mais la Commission de l'après-guerre, que semble vouloir suivre le Comité de réforme de la transcription, a jugé nécessaire son abolition.

233. *Publicité des demandes. Généralités. Maintien du système du Code civil.* — La partie la plus intéressante des projets italiens concerne la transcription des demandes en justice, où l'innovation réalisée par l'art. 1933-3° du Code civil est développée d'une manière heureuse. Nous avons dit que cette forme de publicité a été sensiblement étendue par la loi de 1923, mais les projets en question n'ont pas perdu de leur intérêt, car ils ont soin de régler exactement les effets de la publicité des demandes d'une manière qui sauvegarde, dans la mesure consentie à un système dénué de force probante, les intérêts des tiers et des véritables ayants droit.

Tout d'abord, ces projets conservent la disposition de l'art. 1933 n° 3 du Code civil en étendant son régime aux demandes en résolution du partage et de la transaction pour cause d'inaccomplissement des obligations. Nous savons que la révocation, la rescision et la révocation ne peuvent pas préjudicier les tiers qui ont acquis des droits sur les immeubles antérieurement à la transcription de ces demandes. En ce qui concerne l'action paulienne, le défaut de transcription de la demande ne sauvegarde pas les tiers de mauvaise foi (1).

234. *Demandes tendant à l'exercice du réméré et déclarations de réméré.* — Le projet Scialoja soumettait à la transcription les demandes tendant à l'exercice de la faculté de réméré et les déclarations de réméré. Nous savons que du défaut de publicité de l'événement du réméré peut résulter un piège pour la bonne foi du tiers, qui même averti de l'éventualité du réméré par la lecture du titre d'acquisition de l'acheteur, peut, pour peu que le terme fixé par le contrat soit expiré, être fondé à considérer l'acheteur comme propriétaire doré-

(1) V. n° 207.

navant incommutable, au cas où il reste en possession de l'immeuble une fois le réméré exercé. Le projet Scialoja exigeait la passation par écrit des demandes ou déclarations de réméré et en ordonnait la transcription pour ne pas laisser le tiers dans l'incertitude à l'égard de l'exercice de la faculté de réméré. Les demandes ou déclarations, à défaut de transcription dans un délai de trente jours à compter de l'échéance du délai de réméré, n'auront pas d'effet à l'égard des tiers qui aient acquis et conservés des droits sur l'immeuble antérieurement à la transcription.

Le Comité semble vouloir renoncer à ces dispositions pour la considération de la nécessité de publication du pacte de rachat avec l'acte de vente comme de toute autre condition. S'il est vrai que cette publicité (1) combinée avec le principe de la continuité de la transcription est suffisante à éliminer le danger que présente à présent la disposition de l'art. 1520 Cod. civ. (1664 Code civil français) suivant qui le vendeur à pacte de rachat peut exercer son action contre un second acquéreur quand même la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat, car il n'y aurait plus le danger de l'existence d'une telle clause dans le titre non publié d'un des anciens auteurs, il y a lieu de remarquer que le danger visé par la disposition du projet Scialoja est un autre. La tutelle de cette disposition est dirigée contre une déclaration de réméré tardive qui se manifesterait lorsque le tiers aurait raison de croire consolidé le titre de son auteur (l'acheteur sous condition de réméré). La disposition du projet du Comité imposant l'obligation de transcrire l'accomplissement des conditions, n'est pas suffisante, car la sanction de cette disposition est l'indisponibilité temporaire du bien rentré dans le patrimoine du vendeur tant que l'accomplissement de la condition n'ait pas été transcrit ; ce qui ne signifie pas que l'accomplissement de la condition n'ait pas lieu à l'égard de l'acheteur avec effet rétroactif et que le tiers ne soit pas atteint au sens de l'art. 1520 (art. 1664 Cod. civ. français).

235. *Demande en séparation de biens.* — Les projets en question ordonnent la transcription de la demande en séparation de biens judiciaire. Le jugement prononçant la séparation ne rétroagira pas à l'égard des tiers qui aient acquis valablement du mari des droits sur les biens dotaux ou qui aient procédé à la saisie des fruits de la dot.

(1) Lorsque la clause de rachat a été stipulée après coup ne saurait avoir une force réelle à l'égard des tiers, v. n° 54.

236. *Demande en résolution du bail emphytéotique et affranchissement du fonds emphytéotique.* — Le projet Scialoja exigeait la transcription de la demande en dévolution du fonds emphytéotique tendant à la résolution du bail, parce qu'elle peut intéresser les tiers, comportant un changement par rapport à la disponibilité du fonds emphytéotique. Nous avons vu que dans le projet Scialoja la dévolution ainsi que l'affranchissement étaient assujettis à la transcription, sous la sanction de l'inopposabilité, mais que le projet du Comité exigerait seulement la mention en marge sous la sanction de l'indisponibilité. Dans le projet Scialoja, ainsi que dans le projet du Comité, le but de la transcription de la demande en dévolution serait la tutelle des créanciers inscrits sur le fonds emphytéotique qui garderaient le droit d'affranchissement nonobstant la dévolution, si leur inscription est antérieure à la transcription de la demande pour l'obtenir.

Au cas où le bailleur ait signifié à ces créanciers la demande, il n'y aurait pas de raison de leur octroyer cette sauvegarde : ils auraient la possibilité en effet de faire valoir leurs droits dans les termes ordinaires. Le Comité, n'acceptant plus le principe de l'inopposabilité, serait d'avis d'ajouter à cette disposition l'obligation de transcrire même la demande, ou l'offre, même extrajudiciaire, d'affranchissement. A défaut, l'affranchisseur serait toujours tenu à payer le prix de l'affranchissement aux créanciers ayant inscrit leurs hypothèques sur les droits du bailleur jusqu'à la mention du jugement ou de l'acte d'affranchissement disposé par le projet.

237. *Demandes en partage.* — Il y a lieu de rappeler que ces projets disposent la transcription des demandes en partage. Après la transcription l'acquéreur du chef du cohéritier ou coindivisaire est exposé à ce que les autres fassent valoir à son égard, non seulement les raisons découlant du titre constitutif de l'indivision, mais celles aussi qui se seraient formées à la suite des rapports d'obligation entre cohéritiers ou coindivisaires. Les acquisitions antérieures à la demande sont assurées dans les limites du droit du copropriétaire, ainsi que nous l'avons montré.

238. *Demande en pétition d'hérédité et en contestation d'une acquisition à cause de mort.* — Nous avons déjà montré les effets de la transcription de la pétition d'hérédité et, en général, des demandes en contestation du fondement d'une acquisition à cause

de mort. Tout en ne changeant en rien le régime de la tutelle des tiers acquéreurs du chef de l'héritier apparent, la transcription de ces demandes ménage une protection aux droits de l'héritier véritable, qui, au moyen de cette formalité, constitue les tiers en mauvaise foi. Au cas où la demande soit intentée dix ans après la transcription de la mutation à cause de mort, nous savons que les tiers acquéreurs du chef d'un légataire apparent sont sauvegardés.

239. *Demande en déclaration de simulation.* — Les projets en question décident la question des effets de l'action en déclaration de simulation. Les tiers de bonne foi qui traitent avec une personne qui se présente comme propriétaire de l'immeuble en vertu d'un acte apparent régulier ne pourra voir contester son droit sur le fondement d'un acte secret détruisant les effets de l'acte apparent, où d'une façon générale, sur le fondement de la simulation dont l'acte apparent était entaché. Le droit ainsi acquis peut être opposé non seulement au véritable propriétaire, mais à ses créanciers ou ayants cause. Mais la transcription de la demande constituera les tiers en mauvaise foi, comme au cas d'action paulienne. Ceux qui ont acquis avant recevront préjudice de la déclaration de simulation s'ils étaient de mauvaise foi. Les textes du projet Scialoja exigent que les tiers aient transcrit leur titre, sans qu'aucune justification soit donnée de cette modification au régime établi pour l'action paulienne (1).

240. *Demandes ou exceptions en déclaration de l'accomplissement de la prescription acquisitive.* — Nous avons déjà dit que les demandes ou exceptions en déclaration de l'accomplissement de la prescription acquisitive doivent être transcrites pour rendre inopposable l'accomplissement de la prescription aux tiers acquéreurs de droits sur l'immeuble du chef du propriétaire véritable postérieurement à la transcription de ces demandes.

241. *Demandes en revendication.* — Le projet Scialoja laissait de côté la demande en revendication. Certes la transcription de cette demande ne peut être ordonnée par l'effet de la conservation des droits acquis par les tiers antérieurement à la demande sans dénaturer complètement cette action, qui est réelle, et sans méconnaître les principes du régime actuel, suivant lesquels la revendi-

(1) V. n° 207.

cation ne s'arrête que devant l'usucapion. Mais la transcription est utile à l'effet d'établir que le jugement rendu contre le possesseur défendeur à la suite de la demande transcrite rejaillit au regard de ceux qui auront acquis de son chef pendant le procès, sans besoin d'entamer un nouveau procès contre le nouveau possesseur, au sens de l'art. 439 du Code civil. Dès lors, on conçoit que le Comité de réforme estime de devoir étendre la transcription à la demande en revendication et aux demandes en déclaration ou reconnaissance du droit du propriétaire. La publicité de ces demandes aura encore un intérêt considérable par rapport aux tiers qui seront avertis du danger de traiter avec le propriétaire apparent.

Pour les demandes en déclaration ou en reconnaissance du droit du propriétaire, la question se pose si on peut ranger les demandes en délivrance ou en exécution d'une convention passée par actes sous seing privé et non authentiquée, afin d'établir qu'au cas de succès du demandeur son droit sera préféré à celui des tiers qui auront transcrit leur titre après la transcription de la demande.

Le Comité de réforme n'a pas envisagé la possibilité de cette transcription ; il semble que le principe absolu de la transcription, suivant lequel, à défaut de transcription, le transfert de la propriété n'a pas lieu, ait été considéré un obstacle à l'admission de cette transcription. Mais elle jouerait le rôle d'une prénotation et elle pourrait trouver sa place même dans un système comme celui élaboré par le Comité de réforme de la transcription. M. L. Coviello, rapporteur, s'est prononcé contre cette forme de prénotation en ce qui concerne les effets de l'opposabilité au tiers du transfert contenu dans l'acte dont on demande l'exécution dans la note à l'arrêt du 17 avril 1928 de la Cassation, 2^e section (1).

242. *Demandes en nullité.* — Dans le même but de ménager une protection aux tiers en les avertissant du danger qu'ils courent, mais non pas dans le but de sauvegarder les droits des tiers acquis avant la publication de la demande, les projets en question ordonnent la transcription des demandes en nullité ou en annulabilité d'un acte pour cause d'incapacité ou pour vice de consentement. Toute action tendant à faire déclarer la nullité ou à faire prononcer l'annulation pour cause de n'importe quel vice de forme ou de fonds des actes entre vifs assujettis à transcription et toute deman-

(1) V. n^o 220, p. 381, n. 5.

de tendant à contester la validité de la transcription réalisée devra être transcrite.

Cette disposition s'étend aux demandes en révocation des jugements fondés sur l'erreur ou sur le dol et à la tierce opposition basée sur le dol ou sur l'entente frauduleuse.

Si l'effet de cette transcription ne pourra pas être celui de sauvegarder les droits des tiers acquis avant cette transcription, car cet effet importerait la force probante des registres et exigerait l'introduction du principe de légalité, il sera tout au moins celui de ménager les intérêts des tiers dans le sens que, tout d'abord, ils seront avertis de ne pas traiter avec le propriétaire dont le droit est contesté en justice et, en outre, leurs droits seront sauvegardés si la transcription de la demande en nullité aura lieu dix ans après la transcription de l'acte attaqué. Le Comité songerait même à réduire le délai à cinq ans. Ce délai ne serait pas de prescription et ne serait pas sujet à interruption ou à suspension. Les tiers seront protégés, toutefois, seulement au cas de bonne foi ou d'ignorance sans faute quant au vice du titre ou de la transcription. Il ne s'agirait pas d'un duplicata de la prescription acquisitive de dix ans, pour qui la loi italienne exige non seulement la transcription et la bonne foi, mais la possession du tiers, qui pourrait au contraire faire défaut ; de plus la décadence pourrait être invoquée par les créanciers hypothécaires, même au cas où leur auteur n'ait pas prescrit.

Nous avons déjà vu que la même protection est accordée aux tiers qui ont acquis du chef du légataire apparent.

243. *Demandes en réduction des donations.* — Les projets tutèlent les droits des tiers détenteurs d'immeubles faisant partie d'une donation et aliénés par les donataires contre les risques de l'action en réduction des donations et legs (art. 1096 Code civil) en ce sens qu'ils exigent que la demande en réduction soit exercée dans un délai de cinq ans à partir de l'ouverture de la succession. Après ce délai la demande ne pourra plus préjudicier aux droits des tiers qui auront acquis à titre onéreux des droits sur un immeuble antérieurement à la transcription de la demande.

244. *Demandes et actes interruptifs de la prescription.* — Ces projets exigent encore la transcription des actes et des demandes qui interrompent le cours de la prescription (art. 2125, 2126 et

2129 Code civil) de la propriété et des autres droits réels sur les immeubles ainsi que de l'acte formel de prohibition mentionné par l'art. 631 Code civil.

L'interruption de la prescription et au cas de l'art. 631 le commencement de la possession utile pour la prescription n'auront d'effet à l'égard des tiers qui auront inscrit ou transcrit des droits sur l'immeuble qu'à compter de la date de la transcription de ces actes ou demandes.

L'acte interruptif opérera de la date de son inscription à l'égard des tiers, mais tout de suite à l'égard du possesseur de l'immeuble. La transcription opère ses effets, toutefois, à l'égard des tiers, toujours, indépendamment du fait qu'ils aient transcrit leur acquisition avant ou après la transcription de l'acte interruptif.

On observe encore qu'il faudrait édicter le principe que les causes qui suspendent le cours de la prescription n'ont point d'effet à l'égard des tiers possesseurs. La loi italienne, à l'inverse de la loi française, nie, au sens de l'art. 2121, les effets des causes de suspension à l'égard du possesseur de trente ans ; on propose d'admettre le même principe au cas de prescription de dix ans. Seulement, dans ces conditions, la prescription acquisitive de dix ans pourra constituer la preuve de la propriété.

245. *Acceptation bénéficiaire et commandement immobilier.* — Les projets conservent la transcription du commandement afin de saisie immobilière et de la déclaration d'acceptation sous bénéfice d'inventaire dans les termes où elle est actuellement établie par Code civil (1).

246. *Forme de la transcription des demandes.* — Dans le projet Scialoja la transcription des demandes s'opérerait au moyen d'une mention marginale, tandis que dans le système du Code, la mention en marge est exigée en plus de la formalité de la transcription. Il semble que le Comité de réforme estime de conserver le système du Code.

247. *Transmission des sûretés réelles.* — Le projet Scialoja édicte l'obligation de la mention en marge de l'inscription au cas de cession, subrogation, gage, cession d'antériorité, constitution en dot d'une créance hypothécaire. La faculté concédée par

(1) V. n° 205.

l'art. 1994 Code civil est convertie en obligation. Parmi plusieurs acquéreurs de la sûreté réelle au moyen de cette mention sera préféré celui qui aura opéré le premier cette formalité. La créance comme telle, reste toujours un droit mobilier qui peut être cédé, gagé, etc. ; mais la sûreté réelle qui affecte un immeuble ne pourra pas être acquise si elle n'est pas assujettie à la publication, qui détermine la préférence entre plusieurs acquéreurs.

Dans le conflit entre plusieurs cessionnaires sera préféré celui qui aura fait le premier la signification du transport au débiteur ou aura obtenu l'acceptation par le débiteur dans un acte authentique, au sens de l'art. 1539 C. civ. (art. 1690 C. civ. fr.) mais ce même cessionnaire préféré dans le recouvrement de la créance ne pourra pas faire valoir l'hypothèque s'il n'aura pas mentionné avant les autres l'acquisition de la sûreté hypothécaire. De même il ne pourra donner son consentement à la radiation s'il n'aura pas mentionné le transport et s'il n'existera pas de mentions antérieures (1).

248. *Prescription cadastrale et répertoire réel.* — Le projet Gianturco avait proposé l'introduction d'une prescription acquisitive en faveur de l'inscrit au nouveau cadastre après trente ans, mais cette idée ne fut pas acceptée par les projets successifs. Le projet Scialoja tâchait d'assurer la correspondance entre le nouveau cadastre et les registres du conservateur au moyen d'un répertoire ouvert à chaque numéro du cadastre qui indiquerait toutes transcriptions, inscriptions ou mentions relatives à ce numéro ; mais il semble que le Comité de réforme pense d'abandonner cette idée.

SECTION IV

Le système en vigueur dans les nouvelles provinces

249. *Le système en vigueur dans les anciennes provinces de l'Empire Austro-Hongrois annexées à l'Italie. Le décret-loi du 28 mars 1929 (2).* — Dans les provinces annexées à l'Italie

(1) V. pour la critique de ce système, qui reproduit celui de la Commission extraparlamentaire du cadastre, n° 132.

(2) M. Bresch, *Le nuove leggi sui libri fondiari*, Padova, 1932 ; Bartsch, *Die österrei chische Grundbusch-Gesetz*, Vienne, Mauz.

par le traité de Saint-Germain, le système des livres fonciers dit de l'intabulation resta en vigueur jusqu'au 30 juin 1929. A l'occasion de l'introduction de la législation italienne dans les nouvelles provinces, le législateur (1) après avoir hésité longtemps décida de maintenir intégralement ce système jugé supérieur ; mais l'adoption pure et simple de la législation autrichienne présentait trois obstacles. Tout d'abord la loi organique du 25 juillet 1871 et les lois réglementaires relatives à la tenue des livres fonciers sont loin de comprendre toute la réglementation du régime foncier, qui a sa base dans une série de dispositions contenues dans le Code civil général de 1811. En second lieu, le texte officiel en langue italienne de la loi de 1871 était très mauvais et n'aurait pas pu entrer à faire partie de la législation italienne. Enfin en ce qui concerne les mutations à cause de mort, la législation autrichienne connaît une procédure de ventilation héréditaire, par laquelle le juge de la ventilation rend des décrets d'adjudication ou des certificats de successions non seulement pour obtenir l'inscription aux livres fonciers, mais aussi pour obtenir la saisine des biens de la succession. Cette procédure comprend entre autres la formation de l'inventaire, la perception des droits de succession et le partage, et elle se différencie du système du certificat d'héritier du droit allemand car ce dernier n'a pas d'effet constitutif, n'importe pas attribution de la possession des biens et il est compatible avec le principe « le mort saisit le vif », qui est en vigueur aussi en Allemagne.

Dès lors le décret-loi du 28 mars 1929, n° 499, qui maintint en vigueur le système des livres fonciers, donna une solution à ces difficultés.

L'art. 1^{er} maintient en vigueur la législation spéciale sur les livres fonciers en tant qu'elle est en harmonie avec le texte de la loi générale du 25 juillet 1871, B. C. I. n° 95 qui est annexé audit décret-loi dans une traduction coordonnée et améliorée.

Les articles 2 à 12 reproduisent les dispositions relatives au régime foncier contenues dans le Code civil général autrichien de 1811 ; les articles 13 à 23 établissent le certificat d'héritier analogue à celui en vigueur dans la législation allemande.

(1) R. D. L., 4 novembre 1928, n° 2825.

L'article 2 du décret édicte le principe absolu de l'inscription : les acquisitions de la propriété et des autres droits réels immobiliers par acte entre vifs est subordonnée à l'inscription du droit au livre foncier. Il en est de même de la modification et de l'extinction par actes entre vifs de ces mêmes droits. Les droits et les obligations inscrits ne s'éteignent pas par la confusion jusqu'à la radiation. Cet article substitue les dispositions des §§ 321, 431, 451, 454, 469, 481, 526, 1443 et 1446 du C. civ. de 1811. Il vise aussi les actes déclaratifs, notamment le partage et les jugements de partage. Certains auteurs pensent que cet article abroge l'effet déclaratif du partage (1) ; mais nous avons vu que l'effet déclaratif est compatible avec le principe absolu de l'inscription et nous n'avons plus à retourner sur la question.

L'art. 3 dispose : « L'acquéreur de la propriété ou d'un droit réel immobilier par succession ne peut faire inscrire son droit au livre foncier qu'au moyen d'un certificat d'héritier ou de légataire, réglé par le titre suivant et aucun droit acquis sur un acquéreur à titre d'hérédité ou de legs ne peut être inscrit si le droit de ce dernier n'a pas été inscrit. » Il s'agit de l'application du principe relatif de l'inscription aux mutations à cause de mort.

L'art. 4 dispose que les partages ayant pour objet les immeubles doivent être faits par acte public ou par acte sous seing privé, sous peine de nullité. On ne peut inscrire un droit sur un copartageant si le partage n'a pas été inscrit au livre foncier.

On pourrait interpréter cette disposition dans le sens que le coindivisaire ne peut pas aliéner ou hypothéquer sa part indivise, suivant l'exemple de la loi suisse et allemande. Mais cette interprétation n'est pas compatible avec l'art. 13 de la loi tabulaire qui admet l'inscription des hypothèques sur la part indivise. On interprète dès lors cet article dans le sens qu'on ne peut pas inscrire des droits sur la part attribuée à un coindivisaire tant que le partage n'a pas été inscrit et tant que l'inscription du droit de propriété de chaque copartageant n'ait pas été inscrit sur les parties qui leur ont été attribuées dans le partage (2).

(1) Bresch, *Le nuove leggi sui libri fondiari per la Venezia Giulia e Tridentina*, Padova, 1932, pp. 33 et s.

(2) Dans le droit autrichien cette matière est coordonnée à l'institution de la ventilation héréditaire.

L'art. 5 dispose que l'acquisition de la propriété ou d'un droit réel immobilier par prescription acquisitive ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée. De même la libération d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier d'une charge inscrite au livre foncier par prescription extinctive est subordonnée à une radiation opérée en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée. De même sont sauvegardés les droits des tiers acquis sur la foi du livre foncier antérieurement à l'inscription ou à la radiation ou à la mention de la demande judiciaire tendant à obtenir l'inscription ou la radiation.

Cet article substitue les §§ 1498-1500 du Code civil autrichien de 1811.

Tandis que le système germanique déclare les droits réels inscrits sur le registre à l'abri de l'usucapion, le système autrichien admet, même à l'encontre du propriétaire inscrit comme tel, l'acquisition par prescription de la propriété et des autres droits réels, mais il subordonne ce résultat à deux restrictions : l'acquéreur par prescription doit se faire inscrire au livre foncier et d'autre part la prescription accomplie contre le propriétaire inscrit ne saurait préjudicier aux tiers de bonne foi ayant acquis des droits sur l'immeuble.

L'art. 6 dispose que lorsque le même fonds a été aliéné à deux personnes la propriété est attribuée à celui qui, le premier, a requis l'inscription au livre foncier : ce qui est une conséquence de principe absolu de l'inscription (art. 440 du Code civil de 1811). Cet article ajoute « Aux effets de l'exercice de l'action en revendication de la propriété ou d'autres droits réels immobiliers, celui au nom de qui un droit est inscrit au livre foncier, est censé, jusqu'à preuve du contraire, titulaire du droit à l'égard de celui qui oppose un droit non inscrit ».

L'art. 7 renvoie, quant à la foi à attribuer au livre foncier à l'égard des tiers, aux articles 61 et suivants de la loi générale sur les livres fonciers.

C'est au point de vue des effets attachés à l'inscription que ce système diffère le plus de celui de l'Allemagne, car le principe de la force probante absolue n'est pas en vigueur en Autriche et dans les provinces italiennes dont nous nous occupons. Dans le système des art. 61 et suiv. de la loi générale auxquels renvoie l'art. 7 les registres fonciers ne prouvent pas, par eux-mêmes, la légitimité des

droits qu'ils manifestent. L'inscription ne consolide pas le droit mais elle constitue seulement une présomption qui admet la preuve contraire ; elle devient cependant inattaquable au moyen de l'usucapion tabulaire après l'expiration des délais impartis pour l'exercice des droits et actions tendant à révoquer ou à annuler le titre du propriétaire inscrit. D'après les articles cités, ces délais sont plus ou moins longs. L'inscription peut être attaquée soit par voie de recours contre le jugement qui l'a autorisée, soit par voie d'action principale en nullité. Si le demandeur agit dans la première hypothèse son pourvoi est recevable tant que la décision n'est pas passée en force de chose jugée, c'est-à-dire dans un délai de soixante jours (art. 127) ; il peut demander au juge tabulaire l'annotation de sa demande et le jugement aura son effet à l'égard de ceux qui auront acquis des droits tabulaires postérieurement à la présentation de la demande d'annotation (art. 61 et 62).

Lorsque le demandeur procède par voie d'action principale, il faut distinguer suivant qu'il ait été, ou non, informé par le greffier de l'inscription. Dans la première hypothèse il doit faire mentionner sa demande au livre foncier dans le délai de réclamation contre le jugement qui l'a autorisé et intenter son action avant l'échéance d'un nouveau délai de soixante jours, moyennant quoi la radiation de l'inscription réfléchira contre les tiers même s'ils ont contracté antérieurement à l'inscription de la demande en nullité. Formée après, elle ne peut nuire aux droits des tiers constitués antérieurement à la mention (art. 63). Si le demandeur n'a pas été informé, l'action en nullité peut être utilement intentée et avec rétroactivité au regard des tiers pendant toute la durée de la prescription, qui a lieu après trois ans à partir de la présentation de la demande d'intabulation contestée ; de sorte que celle-ci consolide les droits seulement après l'expiration du délai pour l'opposition, ou après l'usucapion de trois ans (art. 64). Il n'est pas nécessaire d'ajouter que la tutelle de la foi publique vaut pour les tiers qui acquièrent du chef du titulaire inscrit, non pour celui-ci. Ce dernier reste exposé aux actions de son prédécesseur tabulaire tant qu'elles ne sont pas prescrites (art. 62 de la loi tabulaire). De plus la foi publique ne couvre pas le défaut de capacité de celui qui figure inscrit au livre foncier : celui qui acquiert du chef d'un incapable est exposé à l'action en annulation ; c'est au cas de mutations successives que les tiers sont protégés dans les limites que nous venons de tracer.

L'art. 7 que nous examinons déclare dans un alinéa que ne sont pas applicables les dispositions du Code civil et notamment les art. 933, 1088, 1095, 1096, 1235, 1308, 1511, 1553 et 1787, sauf ce qui est disposé par l'art. 20 de la loi générale sur les livres fonciers en ce qui concerne l'annotation de la demande en contestation.

Lorsque nous examinerons cet article nous verrons qu'une protection analogue à celle organisée par les articles ci-dessus énoncés est organisée au moyen de cette annotation ou mention.

L'art. 8 dispose qu'au cas où l'action ne rejaillit pas contre les tiers de bonne foi, l'auteur de ces tiers, qui serait tenu à la restitution de la chose, devra en représenter la valeur au temps de la demande, sauf quant aux fruits et intérêts les règles particulières du Code civil (art. 933, 1089, 1094, 1535, 703).

L'art. 9 dispose qu'aux effets de l'art. 1482 (1) les charges grevant la chose vendue, si elles résultent inscrites au livre foncier, sont considérées comme déclarées dans le contrat, à moins qu'on n'ait expressément déclaré que la chose est libre de toutes charges (2).

L'art. 10 assujettit l'inscription de l'hypothèque au renouvellement des art. 2001 et suiv. du Code civil italien.

Suivant l'art. 11 tous ceux qui sont obligés au sens du Code civil et des autres lois à faire opérer la transcription, l'inscription ou la mention, sont obligés à requérir l'inscription au livre foncier. Sont en outre obligés :

a) le curateur de l'hérédité jacente et les administrateurs visés par l'art. 861 du Code civil ;

b) le tuteur d'un interdit, le curateur d'un inhabilité ou d'un interné ;

c) le syndic de la faillite ou le commissaire d'un concordat préventif, de faire mentionner les jugements relatifs au livre foncier où sont inscrits les immeubles de la succession, des incapables, etc. sous peine de dommages-intérêts.

L'art. 955 du Code civil relatif à la transcription des acceptations sous bénéfice d'inventaire ne s'applique pas dans les provinces annexées.

(1) Art. 1626 et s. du Code civil français.

(2) §§ 443, 928 et 1398 Code civil général autrichien.

L'art. 12 abroge dans ces mêmes provinces les règles du Code et des autres lois incompatibles avec celles de la loi que nous examinons ; notamment les articles relatifs au principe du transfert de la propriété par simple consentement (1062, 1125, 1448, 1550), tout en laissant en vigueur l'art. 1125, en ce qui concerne le passage des risques (art. 1138 Code civil français) ; tout le titre de la transcription et celui relatif à la publicité des registres du conservateur (titres XXII et XXV du livre III du Code civil) ; enfin les articles suivants : l'art. 1985 concernant l'inscription de l'hypothèque légale de l'aliénateur, substitué par la disposition analogue de l'art. 97 *bis* de la loi tabulaire ; l'art. 1987 concernant la formalité de l'inscription des hypothèques, substitué par les art. 83 et suiv., de la même loi ; l'art. 200 concernant les frais de l'inscription substitué par l'article analogue 34 *bis* de la même loi ; les articles 2005 et 2006 concernant le renouvellement des hypothèques substituées par les articles 26, 75 et suiv. de la même loi (1) ; les art. 2007 et 2009 concernant le rang des hypothèques substituées par les dispositions analogues des art. 29 et 30 ; les art. 2033 et 2036-2039 concernant la radiation des inscriptions, substitués par les art. 26, 27, 31 et suiv., 75 et suiv., 93, 101, 126 et suiv. de la loi ; l'art. 2060 concernant le bénéfice de la séparation des patrimoines, substitué par l'art. 52 *bis* de la loi ; l'art. 2137 concernant la prescription de dix ans, substitué par les dispositions des art. 63 et suiv. de la loi que nous venons d'examiner.

Nous avons déjà dit que les articles 13 et 24 réglementent le certificat d'hérédité ou de legs que nous n'avons pas à exposer en détail.

250. *Coordination de la loi tabulaire autrichienne de 1871 avec les institutions du droit italien.* — Nous n'avons pas, non plus, à exposer en détail les dispositions de la loi tabulaire ; nous nous bornerons à faire remarquer les différences principales avec le système allemand et les dispositions qui mettent en harmonie le système autrichien avec les institutions du droit italien.

Les livres fonciers sont tenus exclusivement par feuillets réels ; la loi n'autorise pas le système des feuillets personnels.

(1) Il intéresse d'observer que l'obligation d'opérer le renouvellement de l'hypothèque à charge du tiers détenteur édictée par l'art. 2006 du Code civil n'a plus de raison d'être dans un système où les inscriptions hypothécaires suivent nécessairement les inscriptions du titre de propriétaire.

Le soin de statuer sur les demandes d'inscription appartient aux juges normaux, c'est-à-dire aux Prêteurs.

Les inscriptions tabulaires sont :

1° Intabulations (acquisitions inconditionnées de droits ou radiations inconditionnées) ayant pour effet l'acquisition, la modification ou l'extinction de droits tabulaires ;

2° Prénotations (acquisitions conditionnées de droits ou radiations conditionnées) ayant pour effet l'acquisition, la modification ou l'extinction de droits tabulaires sous condition de leur successive justification ;

3° Annotations (art. 8).

L'intabulation et la prénotation ont pour objet : le droit de propriété, les servitudes établies par le fait de l'homme, le droit d'usufruit établi par la volonté de l'homme et celui du conjoint survivant visé par la volonté de l'homme et celui du conjoint survivant visé par l'art. 812 du Code civil, les droits d'usages, d'habitation, d'emphytéote, de superficie, d'hypothèque, les privilèges pour lesquels les lois spéciales exigent l'inscription aux registres hypothécaires et les charges réelles (art. 9).

Les articles 10 et 18 réglementent les formalités de l'inscription.

Lorsqu'un immeuble est possédé *pro indiviso*, chaque copropriétaire est inscrit à raison de sa quotité. La loi permet l'inscription de la propriété par appartements séparés.

La loi accepte le système des art. 2011 et 2087 du Code civil concernant la subrogation légale au cas d'hypothèque grevant plusieurs immeubles que nous avons exposé au n° 217 *in fine*.

L'annatation a pour objet :

a) les baux d'une durée de plus de neuf années ;

b) les contrats de société ayant pour objet des immeubles d'une durée de plus de neuf années ou indéterminée ;

c) la communauté de biens entre époux et la constitution du lien dotal sur les immeubles de la femme ;

d) les actes ou jugements constatant quittance ou cession de loyers ou fermages non échus pour un délai de plus de trois années ;

e) le droit de réméré dans la vente d'immeubles.

Les jugements et les actes ci-dessus énoncés, tant qu'ils ne sont annotés n'ont pas d'effet à l'égard des tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois (art. 19).

Sont de même assujettis à l'annotation :

a) les faits juridiques concernant l'état et la capacité des personnes ou ceux qui comportent une limitation à la faculté de disposer, comme la minorité, avec l'indication, le cas échéant, de l'existence de l'usufruit légal au profit du titulaire de la puissance paternelle, suivant l'art. 228 du Code civil, l'interdiction, l'incapacité, l'émancipation, la déclaration de faillite, l'ouverture de la procédure du concordat préventif, la jacence de l'hérédité, la révocation du certificat d'hérédité ou de legs, sous la sanction que les tiers ne pourront opposer l'ignorance de ces circonstances ;

b) la simultanéité de l'hypothèque ;

c) le commandement dans la saisie immobilière, le jugement d'autorisation de vente d'immeubles, l'envoi en possession visé par les lois sur le crédit foncier, pour les effets édictés par les lois civiles et de procédure civile et, de toute manière, pour rendre inopposable par les tiers l'ignorance de ces actes ;

d) la séparation du patrimoine du défunt de celui de l'héritier au sens et pour les effets de l'art. 52 *bis*, qui reproduit le système du Code civil italien que nous avons exposé (v. n° 216) ;

e) la fixation du terme pour le paiement d'une dette hypothécaire à temps indéterminé pour la rendre opposable aux tiers détenteurs de l'immeuble et la demande en paiement d'une dette hypothécaire pour rendre irrecevable les exceptions du tiers détenteur visées par l'art. 2015 du Code civil ;

f) les demandes tendant à attaquer une intabulation pour les effets indiqués aux art. 61 à 68 de la loi tabulaire, que nous avons déjà commentés, à propos de l'art. 7 de la nouvelle loi, comprises parmi ces demandes, celles visées par les art. 1080, 1088, 1235, 1308, 1511, 1553 et 1787 du Code civil italien, les demandes concernant l'action en réduction des donations et toute autre action en contestation ;

g) les demandes judiciaires tendant à obtenir la reconnaissance ou l'extinction d'un droit réel ;

h) tout autre acte ou fait concernant les immeubles pour lesquelles les lois italiennes ou celles maintenues en vigueur exigent ou admettent la publicité (art. 20).

De nombreuses dispositions concernant la procédure dans les affaires tabulaires, les décisions rendues en cette matière et les voies de recours,

Le système du livre foncier est en vigueur dans la colonie italienne de l'Erythrée (R. D. 31 janvier 1909, n° 378). Dans la Tripolitaine le système établi par le R. D. du 26 janvier 1913, n° 48 tient à la fois au système du livre foncier et à celui de l'acte Torrens (1).

(1) G. Bartolomei et C. Manetti, *Il regime fondiario in Libia*, Florence, 1913, extrait des actes de l'Académie de « Georgiofilios » ; Scialoja, *Relazione sul codice civile per la colonia Eritrea, Ancora sul codice civile per la colonia Eritrea, Studi giuridici*, Roma, 1933 ; Alfredo Ascoli, *L'Ordinamento fondiario per la Colonia Eritrea*, *Riv. di dir. civ.*, 1910, pp. 195-230, 289-310.



CHAPITRE VII

Conclusion

251. *L'instrument extérieur de la publicité. Les principes directeurs de la réforme.* — Nous savons que si l'établissement des livres fonciers basés sur la réfection préalable du cadastre se heurte à des obstacles à présent insurmontables, l'objection principale des énormes dépenses qu'entraînerait cette réfection tombe devant l'exemple du régime d'Alsace-Lorraine, qui, sans procéder à la refonte du cadastre, concilie les livres fonciers avec les principes traditionnels du droit français, combine d'une manière heureuse les deux régimes de publicité, personnel et réel, et présente le grand avantage d'offrir un document unique de consultation aisée qui permet de se rendre compte rapidement de la situation immobilière d'un propriétaire et de l'état juridique complet de chaque immeuble.

Nous avons vu cependant que la Société d'Etudes législatives a été emmenée à renoncer à cette idée et à borner ses efforts à l'amélioration de l'instrument extérieur de la publicité, au moyen d'une modification à la forme du répertoire, qui serait désormais ouvert au public.

La réforme proposée par le projet de la Société d'Etudes législatives répond, dans les limites du possible, à la première exigence de consultation rapide des registres ; mais il nous semble que quelques améliorations pourraient y être encore apportées. On sait que ce répertoire se bornera à indiquer, par ordre de date, les actes dont seront l'objet les différents immeubles du propriétaire au nom de qui un compte aura été ouvert, de sorte qu'un travail de discrimination restera nécessaire pour déterminer la situation juridique des immeubles. On pourrait diviser chaque page du répertoire, c'est-à-dire le feuillet de gauche pour les transactions aussi bien

que le feuillet de droite pour les inscriptions en deux parties : transcriptions et inscriptions en faveur du titulaire du compte, transcriptions et inscriptions contre le même titulaire. Ce système, pratiqué en Italie, donne de bons résultats ; il permet de voir, d'un coup d'œil, si une personne a disposé de ses biens en les aliénant ou en les grevant d'hypothèques ou d'autres charges, ou si elle a acquis des droits sur des immeubles.

De même les trois répertoires italiens pourraient être réunis en un répertoire unique, qui rendrait des services beaucoup plus appréciables et pourrait être amélioré sur l'exemple de celui proposé par la Société d'Etudes législatives.

Notamment le rôle que joue la colonne des observations pourrait être étendu ainsi que nous allons le voir.

Nous avons déjà exposé les objections contre lesquelles se heurte en France l'introduction du système des extraits analytiques et nous n'avons plus à retourner sur la question. En Italie, où ce système est en vigueur, on pourrait adopter aussi bien pour les transcriptions que pour les inscriptions, le système français établi pour les inscriptions, c'est-à-dire la rédaction des bordereaux sur une feuille spéciale fournie par l'Administration et la conservation en liasse d'un exemplaire des deux bordereaux réunis par les parties. La conservation du titre pourrait être exigée, ainsi qu'il arrive à présent pour les hypothèques, seulement au cas où l'acte ne soit dressé par-devant notaire. Au cas où l'acte soit passé sous signatures privées authentiquées par un notaire, un original devrait être conservé au bureau des hypothèques.

Nous n'avons pas à retourner sur les raisons qui conseillent d'écarter l'application du principe de la force probante et du principe de légalité dans un système basé sur la publicité personnelle.

En ce qui concerne le principe absolu de la publicité nous avons vu, au contraire, que la Commission de la Société d'Etudes législatives pour la réforme du régime foncier avait, à un moment donné, pensé d'en proposer l'introduction et que dans cette voie semble vouloir entrer la Commission pour la réforme du Code civil italien. Les plus éminents juristes s'accordent à reconnaître que l'idée de la relativité de l'acte translatif de droits réels, valable *inter partes*, par le seul effet du consentement, inefficace à l'égard des tiers à défaut de publicité, toute savante et subtile qu'elle puisse paraître, est peu en harmonie avec le concept même de droit réel,

qui est précisément de constituer un droit absolu (1). Nous savons toutefois que l'adoption de ce principe pourrait rencontrer de sérieuses oppositions et qu'il serait certainement plus simple de corriger les défauts du principe actuel sans les heurter de front.

Dès lors, il faudrait commencer, tout au moins, par l'adoption du principe relatif de la publicité, qui assurerait la continuité de la filière des transcriptions en mettant les titulaires de droits réels dans l'impossibilité d'aliéner ou d'hypothéquer à défaut de publicité des titres assujettis à transcription. L'inobservation de la formalité devrait en outre être sanctionnée par l'inefficacité sinon absolue, tout au moins, à l'égard de toutes personnes ayant intérêt. En France cette disposition supprimerait toute distinction entre les aliénations à titre onéreux et les donations, et en Italie où l'unité de sanction est en vigueur, présenterait l'avantage d'augmenter le nombre des personnes à qui l'omission de la formalité deviendrait opposable, suivant la règle en vigueur en France pour les donations.

Mais nous savons que l'application exacte de ces principes demande des précisions lorsqu'on l'envisage par rapport à l'étendue du domaine d'application de la publicité. Il faudra donc harmoniser les sanctions de l'inobservation de la publicité avec la nature des actes assujettis à transcription.

Il y a lieu par conséquent de résoudre d'abord les problèmes relatifs à l'étendue de la transcription. Nous savons qu'il faut d'abord décider la question si l'on doit soumettre à la publicité les actes entre vifs non translatifs et les mutations par décès. Nous savons que les objections qui ont prévalu au sein de la Société d'Etudes législatives, ne sont pas de principe, mais elles sont étayées par des considérations toutes d'opportunité : augmentation de la besogne déjà lourde des bureaux, dérangements pour les héritiers, risque de frais en raison des exigences du fisc, toujours à la recherche de la matière imposable.

Il faut souhaiter que ces raisons n'aient pas à prévaloir et qu'on arrive à écarter certains de ces inconvénients par une disposition spéciale d'exemption de tous droits de transcription des actes non translatifs et des mutations par décès.

De même il faut décider si l'on doit étendre la publicité aux causes d'éviction, au moment où elles prennent naissance et au

(1) A. Colin et Capitant, I, n° 937 ; v. n° 114.

moment où on les fait valoir en justice. Nous pensons qu'il faille tout d'abord soumettre à la transcription les restrictions au droit de disposer insérées dans un acte d'aliénation ou découlant de tous autres actes ou jugements, ainsi que les causes de résolution et de révocation qui ne sont pas les conséquences d'un vice entachant le droit du propriétaire, en laissant par contre, en dehors ces dernières causes d'éviction, sous les précisions et exceptions que nous allons exposer en détail, et qu'en même temps, il faille ordonner la publicité de toutes demandes faisant valoir en justice une cause d'éviction, mais pour des effets différents : dans le but de les rendre opposables aux tiers à partir du jour de la publicité donnée à la demande, quant aux causes d'éviction qui devraient être publiées et qui ne l'auraient pas été ou qui en seraient dispensées, dans le but d'avertir les tiers pour d'autres effets spéciaux, pour les autres causes rétroactives indépendamment de la publicité, ou rendues telles par l'observation de la formalité de la transcription.

Ces principes exigent des précisions soit par rapport à l'étendue de la publicité, soit par rapport à ses effets.

252. *Le principe relatif de la transcription.* — Le principe relatif doit être édicté en tête de la réglementation de la publicité foncière.

Nul ne peut transcrire un acte assujetti à la transcription ni inscrire une hypothèque conventionnelle sans justifier au Conservateur des hypothèques que le titre de son auteur immédiat est lui-même transcrit.

Une formule ainsi conçue ne comprendrait pas seulement les actes constitutifs ou translatifs d'un droit sur un immeuble suivant l'art. 1^{er} du projet de la Société d'Etudes législatives, mais en principe, tous les actes, même non translatifs, assujettis à la transcription : mais elle laisserait en dehors de l'application du principe relatif les hypothèques légales et judiciaires. Néanmoins, le principe ne devrait pas s'appliquer au cas d'impossibilité à défaut du titre de l'auteur et au cas où ce dernier n'a pas eu part à l'acte dont on exige la transcription : demandes en justice, jugements, commandements immobiliers, acceptations bénéficiaires, etc. Devraient être néanmoins soumises au principe les mutations à cause de mort, sous la seule limitation adoptée par la commission du cadastre et à la différence du régime adopté par la loi du 1^{er} juin 1924, qui tout en soumettant les mutations par décès à la publicité,

n'exige pas que le titre de l'héritier ou du légataire soit publié préalablement à tout acte de disposition de sa part (1).

Il faudrait donc ajouter : Cette disposition ne s'applique pas au cas où l'auteur a acquis sans titre susceptible d'être transcrit, et au cas où il n'est pas intervenu à l'acte dont on demande la transcription ; mais elle s'applique au cas de mutation à cause de mort. Néanmoins, si la mutation s'opère indivisément au nom de plusieurs personnes, il leur est loisible de ne pas requérir la transcription et de transcrire seulement le partage, à moins qu'on ne confère à des tiers, pendant l'indivision, des droits assujettis à transcription.

Dans les projets italiens de réforme nous avons vu que le principe relatif de la transcription serait complété par une disposition qui, en tout cas, devrait trouver place plus loin, relative aux actes et jugements prononçant l'annulation, la résolution, etc. d'un acte transcrit. La personne au profit de laquelle la résolution a eu lieu ne pourrait pas disposer de son droit avant la transcription de l'acte ou du jugement d'annulation, résolution, etc. Mais il y a lieu d'observer que cette sanction d'indisponibilité ne serait pas la conséquence du principe relatif de la transcription, car il ne s'agirait pas de charger le conservateur de refuser la transcription d'une acquisition du chef d'un disposant qui aurait précédemment disposé de son bien et qui en disposerait de nouveau à la suite de la résolution ou annulation de la précédente aliénation, à défaut de transcription de l'acte ou du jugement de résolution.

Le principe relatif ne comporte pas un tel contrôle du conservateur. L'indisponibilité dont nous parlons serait plutôt la conséquence de l'opposabilité des actes et jugements d'annulation et résolution à défaut de transcription, dont nous parlerons sous peu.

C'est à ce propos que nous examinerons la question.

253. *L'étendue de la transcription des actes entre vifs, conventions et jugements.* — Nous avons vu que certaines lois et certains projets procèdent par voie d'énumération, tandis que d'autres soumettent à la règle de la publicité les actes relatifs aux droits immobiliers dont la naissance importe aux tiers, au moyen d'une formule générale. Certains systèmes visent des droits, tandis que

(1) V. n° 177. Nous donnerons la raison de notre proposition lorsqu'il sera question des mutations par décès, v. n° 255.

d'autres visent les actes, les conventions, les jugements, les demandes, etc. Il nous semble préférable le système de la formule générale adopté par le projet de la Commission législative de 1850, par la loi belge, par les projets de la Commission du cadastre et du Comité des notaires, par le projet Darlan et par celui de la Société d'Etude législatives. En conservant la distinction entre la transcription et l'inscription, il faudrait soumettre à la transcription au bureau des hypothèques de la situation des biens, tous actes et conventions entre vifs, à titre gratuit ou à titre onéreux, tous jugements, ayant pour objet de constituer, transmettre, déclarer, confirmer, modifier, éteindre un droit réel immobilier, autre qu'un privilège ou une hypothèque, ou d'y renoncer, même purement et simplement, sans que la transcription puisse préjudicier à la nature qui leur est attribuée par la loi.

Cette formule laisserait en dehors les mutations à cause de mort pour la raison que la publicité de ces mutations ne peut pas être ordonnée sous la même sanction qui s'applique à la transcription des autres actes. Il faut donc en réserver la réglementation. La formule comprendrait d'ailleurs les autres actes non translatifs qui intéressent les immeubles, laissés en dehors dans le système actuel, sans omettre ceux que les énumérations laissent souvent en dehors même dans les projets de réforme. Précisément seraient compris tous les actes indiqués au chapitre 1^{er}, section III, § IV (1).

Pour ne pas laisser de doutes sur les actes et jugements portant cession ou règlement de mitoyenneté, sur le droit du propriétaire du mur indûment utilisé, au prix de la mitoyenneté à l'égard de l'acquéreur, sur les actes et jugements réglant le mode d'exercice d'une servitude légale ou des charges d'indemnités auxquelles elle peut donner lieu, une disposition expresse pourrait être édictée sur l'exemple de la Commission extraparlamentaire du cadastre (art. 9 n^{os} 1 et 2 du projet définitif) (2).

La transcription de tous ces actes pourrait être sanctionnée par l'inopposabilité à toutes personnes ayant intérêt, ainsi qu'il devrait être établi dans une disposition successive. Mais nous avons expliqué que la sanction unique de l'inopposabilité est possible seulement si on prend garde, toutefois, de ne pas porter préjudice à la

(1) V. n^{os} 17 et s.

(2) V. n^o 115.

nature propre des actes, conventions et jugements visés par la formule générale. C'est pour cette considération que nous proposons de rappeler dans la disposition que nous examinons que la transcription ne porte pas atteinte à la nature que la loi attribue aux actes. Mais on pourrait réserver cette précision à la disposition relative à la sanction de l'inobservation de la transcription.

Avant de passer à cette sanction, des numéros spéciaux de la disposition générale relative au domaine d'application de la publicité devraient comprendre : les baux excédant neuf années et toute prorogation dont la durée ajoutée à celle restant à courir sur le bail prorogé excéderait douze années ; en ce qui concerne l'Italie, les contrats de société ayant pour objet la jouissance d'immeubles, excédant neuf années ou indéterminés (1) ; les actes et jugements portant, même pour bail de moindre durée, quittance ou cession de plus d'une année de loyers ou fermages non échus.

Nous n'avons pas à insister sur la limite de neuf années qui est celle que le Code impose aux pouvoirs des administrateurs, l'usufruitier, le mari, le tuteur (2).

La même disposition générale devrait comprendre encore la transcription de toutes clauses comportant restriction au droit de disposer, insérées dans un acte d'aliénation ou de tous autres actes d'où découle une telle restriction, tels que promesse de vente, legs ou donations sous conditions ou avec charges de restitution (art. 1048, 1049 du Code civil), droit de retour conventionnel (art. 951, 952 du Code civil), droit de réméré, ainsi que la saisie immobilière (3), le jugement de déclaration de faillite ou toutes autres décisions judiciaires comportant une telle restriction, à l'exception des actes et jugements déterminatifs ou modificatifs de l'état civil et de la capacité civile de personnes pour lesquels sont observées les règles édictées par une loi spéciale.

(1) Nous avons dit que cette disposition serait inutile pour le droit français ; cependant il serait peut-être préférable d'édicter cette règle même pour la France par analogie avec l'art. 272 du Projet de Code des obligations et des contrats franco-italien, qui, au n° 5 dispose que ces mêmes contrats de société qui ont pour objet la jouissance d'immeuble, lorsque la durée de la société est indéterminée ou excède neuf années, doivent être passés par acte authentique ou par acte sous seing privé à peine de nullité.

(2) V. n° 145.

(3) A la saisie immobilière on pourrait substituer le commandement aux fins de saisie, v. n° 125 *in fine*, et n° 258.

Cette disposition serait applicable aux causes d'inaliénabilité insérées dans un acte entre vifs ou un testament, à la restriction de disposer résultant d'une substitution permise, à la restriction au droit de disposer à titre gratuit grevant l'auteur d'une donation de biens à venir et de biens présents et à venir, à la constitution d'un bien de famille, aux arrêts de classement suivant la loi sur les monuments historiques, à la nomination du curateur de la succession vacante, à la nomination d'un administrateur-liquidateur, au cas de défaut de l'héritier bénéficiaire de procéder à la réalisation des biens successoraux, à la nomination d'un liquidateur séquestre par le Tribunal à la suite de l'abandon de l'héritier bénéficiaire et de désaccord des créanciers et légataires (1).

En vertu de l'exception indiquée resterait en dehors de la publicité au moyen des registres du Conservateur, l'incapacité résultant de la minorité, de l'état de mariage, de l'interdiction judiciaire, ou de la dation d'un Conseil judiciaire, de l'internement dans un établissement d'aliénés, de l'interdiction légale.

Nous avons déjà dit que la publicité des faits influant sur l'état civil des personnes et des faits modificatifs de leur capacité, pourrait être réalisée au moyen d'une centralisation de tous les renseignements autour de l'acte de naissance. Cette centralisation pourrait avoir lieu au greffe du tribunal du lieu de naissance. On constituerait pour chaque individu un casier civil : son dossier classé à son nom, par ordre alphabétique, contiendrait des fiches mobiles relatives à chacun des faits survenus depuis sa naissance, et influant sur son état et sur sa partie civile.

On atteindrait ce but en obligeant les officiers de l'état civil, les notaires et les avoués, lorsqu'ils dressent un acte ou obtiennent un jugement modificatif de la capacité à en faire parvenir l'avis dans un bref délai au greffe de la naissance.

Cette centralisation devrait comprendre la naissance, les jugements déclaratifs de naissance et de décès, la reconnaissance d'un enfant naturel même lorsqu'elle n'est pas faite devant l'officier de l'état civil, la légitimation, l'adoption, les jugements relatifs à la filiation, l'émancipation, le décès, le changement de nationalité, le mariage, même contracté à l'étranger.

Autour du mariage, et toujours au moyen du casier civil, on devrait organiser un système de publicité semblable à celui qui

(1) Pour l'Italie, v. art. 857, 858, 859, 860 Code civil.

a été institué en Alsace-Lorraine au moyen du registre matrimonial (1). Au tribunal du domicile du mari, et aussi de la femme si elle exerce une profession ou un commerce distinct de celui du mari ou devrait inscrire un extrait du contrat de mariage indiquant sous quel régime les époux sont mariés et les clauses d'emploi et de remploi opposables aux tiers, les demandes en séparation de biens, les jugements de séparations de biens et les jugements de séparation de corps, le jugement de divorce (2), un extrait de l'acte passé devant notaire dans le cas prévu par l'art. 311, alinéa 4 du Code civil, de rétablissement de la communauté, prévu à l'art. 1452 du Code civil, tout retrait par le mari du mandat tacité de la femme pour les dépenses du mariage, tout retrait des autorisations données par le mari à la femme de faire le commerce ou d'exercer une profession ; le retrait des pouvoirs de la femme sur les biens réservés au cas de l'art. 2 de la loi du 13 juillet 1907.

La sanction de cette publicité serait celle de l'art. 34 de la loi du 1^{er} juin 1924 : les époux seraient considérés, à l'égard des tiers de bonne foi, réputés mariés sous le régime de la communauté légale ; toutes les autres mentions qui n'auraient pas fait l'objet d'une inscription seraient inopposables aux tiers de bonne foi. Cette forme de publicité aurait incontestablement son utilité ; mais au point de vue spécial du crédit immobilier, elle ne pourrait apporter qu'un faible secours car elle obligerait à une enquête au lieu de naissance de tous les anciens propriétaires de l'immeuble.

Les préoccupations qui arrêtaient la Commission extraparlamentaire du cadastre n'auraient pas de raison d'être, car si l'on conçoit qu'il y ait des difficultés à opérer les mentions relativement à chaque droit immobilier inscrit au livre foncier au profit de la personne dont l'incapacité est demandée il n'y aurait pas de difficulté à opérer une mention unique au casier civil, ni d'inconvénients graves à subordonner l'opposabilité de la cause d'incapacité aux tiers de bonne foi à l'accomplissement de la formalité. On pourrait enfin soumettre à la même forme de publicité les jugements d'ouverture de liquidation judiciaire, sans préjudice de la transcription de ces mêmes jugements au bureau des hypothèques, de la situation des immeubles, exigée par la disposition que nous avons déjà énoncée.

(1) V. n° 180.

(2) A la différence du régime Alsacien-Lorrain,

Puisque la publicité réalisée au moyen du casier civil ne peut rendre les mêmes services de celle des registres du Conservateur, il y a lieu de se demander si on ne pourrait arriver jusqu'à comprendre, avec ces derniers jugements, aussi les demandes et les jugements d'interdiction, de nomination d'un conseil judiciaire, d'internement et un extrait de l'acte de mariage indiquant sous quel régime les époux sont mariés et les clauses d'emploi et de remploi opposables aux tiers.

Les difficultés ne seraient pas très graves, car il n'est pas difficile pour les parents de connaître la situation des immeubles de la personne dont ils demandent l'interdiction. En ce qui concerne le contrat de mariage, le notaire pourrait se trouver dans l'impossibilité de connaître l'existence des immeubles et des droits réels de la femme au cas où les droits immobiliers n'apparaissent pas dans le contrat. Dès lors on ne pourrait pas compter toujours sur l'intervention du notaire et il faudrait laisser le soin de la publicité au mari ou à la femme.

Tout en décidant d'imposer seulement la publicité du casier civil sous la sanction de l'inopposabilité, on pourrait faire mentionner sous peine d'amende, un extrait du contrat de mariage, l'interdiction et les autres mentions que nous avons indiquées, aussi à la conservation des hypothèques.

Le répertoire public pourrait ainsi contenir, outre la date et le lieu de naissance du titulaire du compte les indications portées au casier civil relatives à sa capacité.

Enfin, la disposition générale relative au domaine d'application de la publicité devrait comprendre les causes de résolution ou révocation de tout acte assujetti à la transcription.

Cette disposition serait susceptible de s'appliquer aux conditions résolutoires insérées dans un contrat ou testament, à l'action résolutoire du droit de l'usufruitier au cas d'usufruit constitué par convention ou résultant du testament ou de la loi, au droit de réméré, à la résolution résultant du retrait d'indivision et des autres retruits, litigieux et successoral, au droit de retour conventionnel, à l'action en révocation d'une donation pour cause de survenance d'enfant, à la résolution résultant du rapport dans le cas où ce dernier doit être fait en nature, à la révocation d'une donation entre époux.

Il faudrait dire expressément que cette disposition ne s'applique pas à l'action en réduction des libéralités qui excèdent la quotité

disponible (1) et qu'il n'est rien modifié à la disposition de l'art. 958 du Code civil.

254. *La sanction du défaut de transcription.* — Après avoir ainsi déterminé l'étendue de la transcription quant aux actes, aux conventions et aux jugements et avant de passer aux mutations par décès et aux demandes, il faudrait édicter la sanction de l'inobservation de la formalité au moyen d'une formule qui pourrait être ainsi conçue :

Le défaut de transcription peut être opposé par toutes personnes ayant intérêt.

Toutefois, les baux et les contrats de société qui n'ont point été transcrits peuvent être opposés à ces personnes pour une durée n'excédant pas neuf ans. Les actes portant quittance ou cession de loyers ou fermages non échus peuvent, s'ils n'ont pas été transcrits, leur être opposés pour une durée n'excédant pas un an.

Les parties ou leurs héritiers, ainsi que les personnes chargées de faire opérer la transcription ou leurs ayants cause ne peuvent pas opposer le défaut de transcription.

A défaut de transcription les restrictions au droit de disposer, les causes de résolution ou de révocation visées par les n^{os}... de l'article précédent, ne produisent d'effet, à l'égard des tiers, dont le droit est né antérieurement à la transcription de la demande.

L'action résolutoire, l'action en révocation pour cause d'inexécution des charges et l'action en folle enchère ne peuvent être exercées au préjudice des tiers à qui la loi concède un privilège, lorsque ce privilège ne leur serait pas opposable faute d'inscription dans le délai prévu par la loi ou de renouvellement de l'inscription avant l'expiration du délai de dix ans.

A partir de la transcription et sous réserve des dispositions des art. 2108 et 2109 du Code civil, les créanciers privilégiés ou hypothécaires ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire.

L'inopposabilité à défaut de transcription ne peut pas porter préjudice à la nature attribuée par la loi aux actes, conventions et jugements assujettis à la transcription (2).

(1) Sauf ce qui sera dit quant à la publicité de la demande.

(2) Cette dernière disposition pourrait être omise si elle était énoncée dans la disposition relative à l'étendue de la transcription.

On pourrait compléter cette formule en édictant l'effet positif de la transcription

Il y a lieu d'observer tout d'abord que cette disposition relative à la sanction du défaut de transcription est mise en harmonie avec la règle de la transcription des demandes qui sera énoncée plus loin. Cette sanction ne s'applique pas, sans qu'il soit besoin de le dire, à l'action en réduction exceptée par la disposition précédente. De même elle ne s'applique pas aux causes de résolution ou de révocation qui ne rejaillissent pas, de leur nature, contre les tiers, pour lesquelles la transcription de la demande serait édictée pour leur donner cet effet, ainsi que nous le dirons, à partir de la publicité de la demande même. Il importe cependant d'observer que le régime de ces dernières demandes serait analogue à celui établi dans le texte pour les causes de révocation et résolution soumises à la transcription au cas de défaut d'accomplissement de la formalité. Nous avons à revenir sur la question.

En ce qui concerne la règle de la solidarisation de l'action résolutoire avec la conservation du privilège, la formule du texte tient compte de l'extension du privilège du vendeur que nous allons proposer et des observations que nous avons exposées à ce sujet (1), car la généralité des termes de cette formule comprendrait toutes les hypothèses où la solidarité de l'action de résolution avec le privilège serait possible.

Il importe d'ajouter qu'on peut toutefois douter de la nécessité de la règle du moment qu'on propose d'édicter la publicité des causes de résolution et de révocation (2).

La sanction de l'innoposabilité est édictée même pour les actes non translatifs et pour les jugements, sans qu'il y ait lieu de distinguer, en ce qui concerne ces derniers, entre ceux qui ont une nature translatif de droits réels immobiliers et ceux qui statuent sur une question de propriété immobilière ou sur un droit immobilier en reconnaissant et consacrant l'existence ou la validité d'une transmission antérieure, et ceux, enfin, qui prononcent une annulation, résolution, rescision ou révocation d'un acte transcrit. Nous avons en effet déjà montré comment l'innoposabilité est parfaitement compatible avec les actes non translatifs, pourvu qu'elle soit

et disposer que tout acte transcrit est censé connu par les tiers. Cette disposition trancherait les questions que soulèvent les articles 1626 et 1638 C. civ. ; mais elle pourrait trouver sa place dans la réforme de l'institution de la garantie d'éviction. V. n^{os} 26 et 249. V. art. 9 du D. L. italien du 28 mars 1929.

(1) V. n^{os} 58, 71, 158.

(2) V. loi belge, art. 28, n^o 58, p. 77, n. 1.

conciliée avec le respect de la nature de ces actes et jugements. C'est dans ce but que nous avons ajouté une réserve expresse à ce sujet. Nous avons aussi expliqué qu'au cas de résolution, etc. du soin de mentionner la résolution serait chargé le Conservateur qui signalerait la résolution dans une colonne d'observation du répertoire public, en substitution du système de l'art. 4 de la loi de 1855.

Nous n'avons plus à insister sur la considération que si l'inopposabilité des actes déclaratifs non transcrits serait compatible avec leur nature, n'aurait pas la vertu de résoudre les problèmes auxquels donne lieu la rétroactivité qui découle de l'effet déclaratif. De même nous n'avons plus à répéter qu'une réglementation précise de l'indivision pourrait faire disparaître ces difficultés.

Sans sortir des traditions théoriques du droit français il faudrait tout au moins, et sous réserve de la place à donner à cette disposition, décider que l'effet déclaratif ou rétroactif du partage, applicable dans les rapports du colicitant attributaire avec les autres colicitants et dans les limites où la subsistance des droits consentis par ces derniers porterait atteinte à la sécurité du cohéritier attributaire de l'immeuble, ne devrait pas être admis quand il s'agit des rapports de ce colicitant avec des tiers.

Après avoir édicté cette règle, il faudrait tout d'abord, sur l'exemple des projets italiens et de la Commission extraparlamentaire du cadastre et suivant les désirs exprimés par certaines Cours en 1841, décider que la transcription ou l'inscription aux registres du Conservateur vaut opposition au partage. Cette disposition, comme nous l'avons dit, ne serait pas inutile car elle protégerait le tiers qui a traité avec l'un des coindivisaires avant le partage et il pourrait y avoir des doutes à défaut d'une disposition expresse (1).

On pourrait exiger de même la transcription de la demande judiciaire en partage et de l'acte d'opposition visé à l'art. 882 Code civil. Les créanciers et cessionnaires d'un copartageant ne devraient pouvoir attaquer le partage consommé hors de leur présence à défaut de transcription de l'opposition antérieurement à la transcription de l'acte de partage ou de la demande en justice au cas de partage judiciaire.

Afin que les tiers puissent compter sur la correspondance du partage du droit des coindivisaires au moment où l'indivision a

(1) V. n° 143.

pris naissance, il faudrait disposer que les rapports obligatoires, entre copartageants ne puissent préjudicier à l'entité de leurs droits au moment où l'indivision a pris naissance. Aucune raison de prélèvement en nature pour cause de créance procédant de l'indivision, ne devrait pouvoir être opposée aux tiers qui ont transcrit ou inscrit, sauf au cas de créance procédant d'une cause antérieure à l'indivision, ou bien au cas de rapport visé par les art. 843 et suivants du Code civil.

Au cas où le partage attribue à l'un des copartageants des biens différents de ceux par lui grevés d'hypothèque, les hypothèques devraient se transporter sur les biens qui lui sont attribués avec le rang suivant la date de son inscription originaire et dans les limites de la valeur des biens originairement hypothéqués, résultant du partage, à la condition qu'elles soient de nouveau inscrites avec l'indication de cette valeur dans un délai de 90 jours à compter de la transcription du partage.

Ce transport ne devrait pas préjudicier aux hypothèques valablement inscrites du chef de tous les propriétaires (L. 31 décembre 1910, art. 2125 Code civil), ni au privilège des copartageants pour les soultes et retours de lots ou pour le prix de la licitation (art. 2109 du Code civil).

Les créanciers hypothécaires et les cessionnaires d'un des copartageants auquel ne sont pas attribués dans le partage les biens hypothéqués ou cédés, devraient garder le droit de préférence sur les soultes et retours de lots et sur le prix de la licitation dus aux débiteurs, avec rang suivant la date de la transcription ou de l'inscription de leurs titres respectifs dans les limites de la valeur des biens précédemment hypothéqués ou acquis.

Les débiteurs des soultes ou retours de lots et du prix de licitation, seraient toutefois libérés lorsqu'ils auraient payé au copartageant dans le délai de trente jours à compter de la notification du partage aux ayants droit, créanciers hypothécaires ou cessionnaires, sans que ceux-ci aient fait opposition.

En ce qui concerne les transactions, la solution des projets italiens serait la conséquence logique du principe de l'inopposabilité et il n'y aurait lieu, par suite, de dispositions particulières.

Puisque la disposition générale impose la transcription des acquisitions au moyen d'un jugement, il serait inutile d'édicter expressément la transcription des jugements constatant une acquisition par prescription acquisitive, d'autant plus que la transcription

serait exigée aussi par le principe relatif édicté dans la première disposition, suivant qui toute acquisition doit s'appuyer sur la transcription du titre du disposant, de sorte que l'acquéreur par prescription acquisitive ne pourrait pas disposer du bien à défaut de transcription du jugement antérieur.

Mais on pourrait toutefois établir, en plus, et sous réserve de la place à donner à cette disposition, la règle que restent toujours saufs les droits acquis par les tiers du chef du véritable propriétaire ou ayant droit antérieurement à la transcription de la demande ou exception tendant à faire déclarer l'accomplissement de la prescription acquisitive afin d'éliminer les inconvénients actuels (1).

Puisqu'il s'agirait de la transcription d'une demande cette disposition devrait trouver place plus loin (2).

C'est ici que se pose le problème de l'opportunité d'une disposition qui complèterait le principe relatif de la publicité. A défaut de transcription des actes et jugements extinctifs de droits réels, ou portant annulation, résolution, rescision, révocation, affranchissement ou dévolution (en Italie), constatation de l'accomplissement de la condition résolutoire, les transcriptions et inscriptions successives ne produiront d'effets à l'égard de la personne au profit de laquelle l'extinction a été prononcée.

Nous avons déjà observé cependant que cette règle ne serait pas une conséquence immédiate du principe relatif et qu'elle pourrait être considérée une conséquence du principe de l'inopposabilité. Dès lors elle ne serait pas nécessaire.

Il appert qu'on soumettrait à la transcription l'accomplissement des conditions résolutoires. Une disposition particulière pourrait établir que le titre suffisant, à défaut de jugement, serait une déclaration unilatérale de la personne contre qui la condition s'est réalisée.

De la règle générale relative à l'étendue de la publicité, il résulte que l'exercice de la faculté de réméré serait subordonné à la transcription d'une clause expresse et qu'à défaut de réserve expresse les droits des tiers acquis antérieurement à la transcription de la demande seraient sauvegardés (3).

(1) V. n^{os} 32, 240.

(2) V. n^o 256. V. aussi la transcription des demandes interruptives de prescription.

(3) Faute de réserve expresse dans le système actuel le réméré ne peut pas préjudicier aux tiers. Dans le système du texte après la transcription de la demande

Mais nous avons dit que du défaut de publicité de l'événement du réméré peut résulter un piège pour les tiers (1). Dès lors il faudrait décider qu'à défaut de demande en justice les demandes extrajudiciaires et les déclarations de réméré devraient se passer par écrit et, en outre, pour le cas de réserve expresse du droit de réméré, il faudrait décider que les demandes ou déclarations de réméré, à défaut de transcription dans un délai de trente jours à compter de l'échéance du délai de réméré, n'auraient pas d'effet à l'égard des tiers qui aient acquis et conservés des droits sur l'immeuble antérieurement à la transcription. Après la transcription les tiers n'auraient plus à être tutelés.

Il suffirait de dire : les demandes ou déclarations de réméré, qui doivent être passées par écrit sous peine de nullité et être notifiées à l'acquéreur ou acceptées par celui-ci, à défaut de transcription dans un délai de trente jours à compter de l'échéance du délai de réméré, établi par la loi ou par la convention, ne produiront pas d'effet à l'égard des tiers, dont le droit est né antérieurement à la transcription de la demande. Mais cette disposition devrait trouver place plus loin sous la réglementation de la transcription des demandes.

On pourrait songer à un système analogue en ce qui concerne l'acquisition faite par le mari en remploi ou emploi (art. 1435). Nous avons indiqué les cas où cette acceptation peut avoir effet rétroactif et anéantir les droits acquis par les tiers (2). Mais l'imposition d'un délai à l'exercice du droit d'acceptation de la femme ne serait pas si simple comme au cas d'exercice de la faculté de réméré.

En ce qui concerne le système italien, la dévolution et l'affranchissement du fonds emphytéotique devraient être transcrits sous la sanction de l'indisponibilité comme conséquence de la règle de l'opposabilité. De plus la demande en dévolution et la demande, même extrajudiciaire, d'affranchissement devraient être soumises à la transcription pour la tutelle, au cas de dévolution, des créanciers inscrits sur les fonds emphytéotiques qui garderaient le droit d'affranchissement nonobstant la dévolution si leur inscription était antérieure à la transcription de la demande. Au cas d'affranchissement, à défaut de signification de la demande aux créanciers

en réméré les tiers pourraient être atteints même à défaut de réserve expresse publiée.

(1) V. n° 54, 234.

(2) V. n° 37.

inscrits, l'affranchisseur serait toujours tenu de payer le prix de l'affranchissement aux créanciers ayant inscrit leur hypothèque sur les droits du bailleur jusqu'à la transcription du jugement ou de l'acte d'affranchissement. Cette règle devrait cependant trouver place plus loin sous la réglementation de la transcription des demandes.

255. *La transcription des mutations par décès.* — La publicité des transmissions de droits immobiliers après décès devraient être disposée au moyen de la transcription d'un certificat de propriété délivré par un notaire, indépendamment de la déclaration de succession, comme il est admis aujourd'hui pour les titres nominatifs et sa délivrance ne devrait pas être subordonnée au paiement des droits. Néanmoins si la transmission s'opère indivisément au profit de plusieurs personnes, on pourrait décider que la transcription du partage serait seule obligatoire, à moins que les coindivisaires ne veuillent passer des actes sujets à la transcription.

Un délai de six mois pourrait être accordé au successeur véritable pour transcrire son droit ; quoique cette disposition, nécessaire dans un système à force probante qui sanctionnerait par l'opposabilité au successeur véritable des aliénations consenties par l'héritier apparent à des tiers, postérieurement à l'accomplissement de ce délai, serait surabondante dans un régime qui ne sanctionne l'obligation de transcrire les mutations par décès que par la solution adoptée par la Jurisprudence.

Dans le régime que nous exposons l'obligation de transcrire les mutations à cause de mort serait sanctionnée tout d'abord par l'indisponibilité des biens successoraux en vertu du principe relatif de la transcription. En outre il faudrait faire de la transcription une condition de la tutelle du tiers contractant avec l'héritier apparent relativement aux immeubles, dans le sens que celui qui a transcrit l'acquisition pourrait être considéré comme hériter apparent à l'égard du tiers acquéreur à titre onéreux et de bonne foi.

On pourrait spécifier que dans la figure de l'héritier apparent rentre aussi le légataire à titre particulier : la bonne foi serait nécessaire. Dès lors on s'en tiendrait à la solution adoptée par la Jurisprudence avec la seule limitation de la nécessité de la transcription comme condition de l'existence de l'apparence du titre d'héritier. C'est même pour l'intérêt que présente cette limitation que nous n'avons pas accepté la limitation au principe relatif de la trans-

cription accueilli par la loi du 1^{er} juin 1924 (1). Il ne faut pas oublier qu'en Alsace-Lorraine existe le certificat d'héritier qui présente de grands avantages et une supériorité certaine sur le système français. Si on étendait à toute la France l'institution du certificat d'héritier la solution que nous soutenons pourrait être abandonnée.

En ce qui concerne le régime italien il y a lieu d'observer que notre système élargirait le concept d'héritier apparent posé par l'art. 933 du Code civil, car la notion d'héritier apparent de cet article comprend l'héritier et le légataire universel et à titre universel du droit français, mais laisse en dehors le légataire à titre particulier.

Suivant les projets italiens on pourrait décider que celui qui a transcrit de bonne foi l'acquisition à cause de mort en prescrit la propriété ou les droits réels immobiliers par dix ou vingt ans à compter de la date de la transcription (2). Cette disposition est justifiée dans les systèmes italiens par l'analogie avec la prescription acquisitive de bonne foi qui suppose la transcription du titre. Il faut rappeler que la Commission extraparlamentaire du cadastre décidait que le juste titre ne serait efficace pour prescrire que du jour de son inscription au livre foncier (3). On devrait adopter en France cette solution et étendre la prescription de dix à vingt ans à tous les droits réels immobiliers. Ayant assimilé le légataire apparent même à titre particulier à l'héritier apparent, deviendrait inutile la disposition particulière des projets italiens en faveur des tiers qui ont acquis des droits du chef d'un légataire apparent à titre particulier.

Ces dispositions devraient être appliquées au cas d'envoi en possession définitif des biens d'un absent.

En outre en harmonie avec la disposition qui exige la transcription de la mutation pour la détermination de la qualité d'héritier apparent, il faudrait décider qu'à partir de la transcription de la demande en pétition d'hérédité ou en contestation du fondement d'une acquisition à cause de mort, les tiers acquéreurs à titre onéreux même de bonne foi ne peuvent pas invoquer la protection accordée à ceux qui traitent avec l'héritier apparent. Mais cette disposition devrait trouver sa place sous la réglementation de la publicité des demandes, à laquelle nous sommes arrivés.

(1) V. n^{os} 252 et 177.

(2) Ou par dix ans suivant le système italien.

(3) V. n^o 115.

256. *La transcription des demandes.* — Nous avons déjà décidé que les résolutions et révocations de tous actes assujettis à la transcription et les annulations des droits pour cause de violation d'une restriction au droit de disposer ne produiront pas d'effet, faute de transcription des causes de résolution ou de révocation et des restrictions au droit de disposer qu'à l'égard des tiers dont le droit est né postérieurement à la transcription de la demande. La transcription de la demande rendrait, par suite, l'effet rétroactif à ces causes d'éviction, qui en étaient dénués, faute de transcription.

Mais la loi devrait ordonner la transcription de ces demandes en résolution, en révocation et en nullité même lorsque la cause d'éviction a été transcrite.

Nous savons que la transcription de toute demande en éviction présente un intérêt pour les tiers qui seraient avertis du danger de contracter avec le défendeur au cours de l'instance. Nous avons vu aussi que la publicité de la demande a été envisagée au point de vue de la protection des créanciers ou acquéreurs antérieurs qui ont transcrit ou inscrit des droits sur l'immeuble attaqué (1) notamment par les projets du Sénat et de la Chambre, au moyen d'une notification imposée au demandeur. Mais il y a lieu d'observer que si l'on décide, comme nous l'avons proposé, de rendre inopposable aux tiers le jugement, faute de transcription, la même tutelle qu'on voudrait ménager aux tiers qui ont transcrit ou inscrit des droits sur l'immeuble attaqué, par le moyen de la notification de la demande de la part du demandeur en éviction, serait déjà assurée du fait même que le jugement ne pourrait préjudicier à ces tiers, qui auraient le droit de méconnaître le jugement rendu hors de leur présence au procès. Le demandeur aura, par conséquent, lui-même intérêt à procéder à la notification de la demande sans qu'il soit besoin d'en édicter l'obligation.

Dès lors, il nous semble qu'on pourrait dire que toutes demandes en revendication ou en reconnaissance d'un droit immobilier, toutes demandes susceptibles d'engendrer l'éviction à l'égard des tiers d'un droit de cette nature ou résultant d'un acte soumis à la transcription, notamment celles visées par les articles suivants devront être transcrites au bureau des hypothèques de la situation des biens objet de l'action.

(1) V. n° 153.

Aucune de ces demandes ne sera reçue dans les tribunaux qu'après avoir été transcrite (1).

Les décisions rendues sur ces demandes seront opposables de plein droit aux tiers dont le droit est né postérieurement à la transcription de la demande.

On pourrait même ne pas nommer les actions en revendication ou en reconnaissance d'un droit réel immobilier, car elles y seraient comprises dans cette formule.

Quoique formulée de façon à rappeler l'intérêt du demandeur à transcrire, il est évident que cette règle aurait l'effet de faire profiter de la transcription les tiers avertis de la menace d'éviction, qui pourraient s'abstenir de contracter avec le défendeur menacé d'éviction. Naturellement les droits des tiers nés antérieurement à la transcription de la demande ou du jugement, nonobstant que le jugement ne soit pas opposable de plein droit à ces tiers, en tant qu'il est prononcé hors de leur présence au procès, seraient atteints par la rétroactivité de l'éviction lorsque cette rétroactivité découle de la nature de la cause d'éviction, ou lorsque la cause d'éviction aura été publiée au cas où la loi en exige la transcription, afin de la rendre opposable aux tiers, ainsi que nous l'avons montré : mais le jugement ne leur serait pas automatiquement opposable.

Après avoir énoncé ce principe général il faudrait dire que la résolution, la révocation et l'annulation de tout acte assujetti à la transcription ne produiront pas d'effet à l'égard des tiers dont le droit est né antérieurement à la transcription des causes d'éviction énoncées à l'art. 2, n^o... (2), et sous réserves des dispositions édictées dans les lois spéciales (3), dans les où ces actions ne sont de nature à préjudicier aux droits consentis avant l'action (4), et notamment au cas visé par l'art. 958 du Code civil, au cas de révocation paulienne, si toutefois les tiers n'ont pas participé à la fraude, au cas de déclaration de simulation à l'égard de ces mêmes tiers, au cas de pétition d'hérédité ou de contestation d'une acquisition à cause de mort, à l'égard des tiers acquéreurs a

(1) Cette sanction ne serait pas strictement nécessaire et elle pourrait être laissée de côté.

(2) Causes de résolution et de révocation et restrictions au droit de disposer.

(3) Loi sur le casier civil, v. n^o 253.

(4) Formule de la loi belge, art. 3.

titre onéreux et de bonne foi du chef de l'héritier ou légataire apparent qui aurait transcrit son acquisition à cause de mort.

Il ne serait pas nécessaire d'ajouter que toutes ces actions produiraient leurs effets à l'égard des tiers dont le droit fût né postérieurement à la transcription de la demande : cette dernière conséquence constituerait l'innovation en matière d'action paulienne ; mais elle résulterait clairement de la formule que nous venons d'énoncer.

C'est à ce point que devrait trouver place les dispositions spéciales relatives aux effets de la transcription des demandes en dévolution et en affranchissement du fonds emphytéotique, des demandes en déclaration de réméré, des demandes ou exceptions tendant à faire déclarer l'accomplissement de la prescription acquisitive, que nous avons déjà formulées.

Une disposition particulière devrait exiger la transcription des actes et des demandes qui interrompent le cours de la prescription de la propriété et des droits réels immobiliers ainsi que de l'acte de prohibition visé par l'art. 689 du Code civil (art. 631 Code civil, ital.). L'interruption de la prescription et au cas de servitude le commencement de la possession utile pour la prescription n'aurait d'effet à l'égard des tiers qu'à compter de la date de la transcription de ces actes et demandes.

On devrait en outre poser le principe que les causes qui suspendent le cours de la prescription n'ont point d'effet à l'égard des tiers possesseurs (1).

En ce qui concerne les demandes en rescision on sait que la loi italienne ainsi que les projets de réforme italiens décident que la rescision ne produit d'effet à l'égard des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble antérieurement à la transcription de la demande. On pourrait dire : à l'égard des tiers dont le droit est né antérieurement à la transcription de la demande en rescision.

Quoique cette solution ne soit pas conforme aux principes qui régissent la nature de cette cause d'éviction les auteurs italiens ont toujours approuvé le législateur d'avoir osé introduire cette réforme. Si on ne voulait pas faire ce pas décisif, cette action serait réglée par la disposition générale relative à la transcription des demandes. Sous cette règle générale rentreraient aussi les actions en nullité autres que celles résultant d'une violation d'une restriction

(1) V. n^{os} 32, 244.

au droit de disposer assujettie à la transcription ; mais une disposition particulière pourrait toutefois décider qu'après cinq ans à partir de la date de la transcription de l'acte les droits des tiers de bonne foi nés antérieurement à la transcription de la demande seraient sauvegardés.

Il en pourrait être de même de la demande en réduction. Si la transcription avait lieu cinq ans après l'ouverture de la succession la demande en réduction ne pourrait pas préjudicier aux tiers dont le droit acquis à titre onéreux fût né antérieurement à la transcription de la demande.

Aucune disposition particulière ne serait nécessaire pour les demandes en revendication ou en reconnaissances de droits réels immobiliers. Les jugements rendus après la transcription de la demande contre le défendeur indiqué dans la transcription de la demande seraient opposables de plein droit même aux sous-acquéreurs postérieurs, suivant la règle générale.

Pour l'Italie se présenterait la question de savoir si l'action en déclaration ou en reconnaissance du droit de propriétaire au cas de demande en délivrance ou en exécution d'une convention passée par acte sous seing privé et non authentiquée, doit être publiée pour que le droit du demandeur soit préféré à celui des tiers dont le droit est né postérieurement à la transcription de la demande. Une solution expresse serait à désirer.

Quant à la forme de la transcription des demandes et des jugements, suivant le système des extraits analytiques, la formalité devrait s'opérer de la même manière des autres actes et conventions en mettant à la charge du conservateur d'opérer d'office la mention en marge de l'acte attaqué et la mention dans la colonne des observations du répertoire public. Suivant le système actuel, conservé par le projet de la Société d'Etudes législatives, on pourrait décider de même qu'une seule soit la forme de la transcription en chargeant le Conservateur de cette double mention. Il y a lieu d'observer que le système de l'inscription visée par l'art. 958 du Code civil disparaîtrait.

Les sûretés réelles. Les privilèges. — Nous avons vu que la partie du projet de la Société d'Etudes législatives relative aux privilèges et hypothèques contient d'importantes innovations et elle rapproche d'une manière très étroite la législation générale de celle applicable en Alsace-Lorraine. Il est par conséquent souhaitable que les solutions de ce projet soient acceptées par le législateur

sans délai puisqu'elles représentent une heureuse généralisation des principes de publicité et de spécialité, qui constituent la base d'un bon régime hypothécaire, sans apporter de sensibles modifications au fond du droit.

Puisque nous avons déjà exposé ces solutions, nous nous bornerons à indiquer, comme conclusion, quelques observations.

Il convient tout d'abord de rappeler que la Société d'Etudes législatives n'a pas osé touché aux nombreux privilèges de l'Etat, dont la liste s'allonge sans cesse. Nous nous bornerons à signaler les solutions proposées en cette matière par la Commission extraparlamentaire du cadastre (1).

Quant aux privilèges généraux de l'art. 2010 Code civil, la solution de la Société d'Etudes législatives, qui est celle qui a prévalu en Belgique et dans la législation des départements recouvrés et qui avait été adoptée par la Commission extraparlamentaire du cadastre, est certainement la meilleure (2).

Il en est de même en ce qui concerne les privilèges spéciaux sur les immeubles (3).

Il nous semble toutefois qu'en ce qui concerne le privilège du vendeur il faudrait préciser que les charges résultant de l'acte de vente, garanties par le privilège, doivent être évaluées au moins dans l'inscription, et qu'on devrait étendre expressément le privilège à la créance de l'échangiste pour les soultes stipulées dans l'acte d'échange (mais non à la créance des dommages-intérêts pouvant résulter d'une éviction à cause des difficultés pour son évaluation) et à celle du donateur pour les charges ou prestations imposées au donataire dans l'acte de donation, et peut être aussi dans le legs. Pour trancher toutes les questions qui se présentent à présent (4) et pour viser en même temps toutes les hypothèques énoncées dans le texte proposé par la Commission du cadastre, suivie par le projet Darlan, il suffirait de concéder le privilège à la créance du vendeur ou de tout autre aliénateur ou disposant pour le prix, les charges ou prestations imposées dans l'acte d'aliénation.

Quant au privilège des copartageants nous nous bornerons à observer qu'il ne serait peut-être pas inutile de préciser que le privilège porte, pour les soultes ou retours de lots, sur les immeu-

(1) V. n° 123.

(2) V. n° 198.

(3) V. n° 199.

(4) V. n° 158.

bles compris dans le lot chargé de la soulte, pour le prix de la licitation, sur le bien licité, pour la garantie des lots, sur chacun des immeubles compris dans le partage.

Quant au bénéfice de la séparation des patrimoines, nous savons que pendant les travaux de la Société d'Etudes législatives on n'a pas manqué de faire observer qu'il serait souhaitable en législation que l'inscription prise par un créancier du défunt profitât à tous les autres et aux légataires, en sorte qu'il n'y eût jamais qu'une inscription par succession, ou, tout au moins que l'inscription prise par un seul créancier chirographaire lui profitât exclusivement.

Nous avons exposé les inconvénients du système actuel et nous avons dit qu'aucune décision ne fut prise dans ce sens sur la considération que cette réforme touche beaucoup plus au régime de la séparation des patrimoines, — c'est-à-dire des successions, — qu'au régime des droits hypothécaires.

Il nous semble acceptable la suppression du privilège des architectes et entrepreneurs proposée par la Société d'Etudes législatives, d'accord avec le projet Darlan, à l'encontre de ceux du Sénat et de la Chambre.

258. *Les hypothèques.* — En ce qui concerne le régime hypothécaire nous avons dit que la Société d'Etudes législatives abroge l'art. 2130 Code civil et applique sans réserve le double principe de publicité et de spécialité aux hypothèques légales de la femme mariée et des personnes en tutelle (1).

A ce sujet il y a lieu de rappeler que les plus éminents juristes estiment que loin de chercher à améliorer le mécanisme de l'hypothèque légale de la femme mariée en la soumettant à ces principes, il faudrait purement et simplement l'abolir, car, si l'on fait exception du régime dotal, elle n'a aucune utilité, puisque, à la première occasion, la femme pourra y renoncer, et on ne pourrait, d'autre part, songer à enlever à la femme cette faculté, car ce serait frapper d'inaliénabilité les biens des hommes mariés et les priver de tout crédit. Mais il ne faut pas oublier que ces mêmes juristes font remarquer que cette hypothèque associe en fait la femme aux actes de disposition ou d'affectation d'hypothèque consentis par le mari et que la suppression pure et simple rendrait en fait au mari

(1) V. n° 200.

les pouvoirs excessifs que lui a donné le législateur comme administrateur de la communauté. Dès lors on conçoit que ceux qui estiment insuffisante la réforme proposée par la Société d'Etudes législatives, parce qu'elle laisserait subsister les inconvénients de l'hypothèque, sans rendre plus efficace la garantie de la femme mariée, pensent que cette suppression devrait s'accompagner d'une réforme des règles de la communauté.

La protection des femmes mariées devrait en conséquence être cherchée dans une autre voie, en associant plus étroitement la femme à la gestion des biens servant à alimenter le ménage, en exigeant son intervention toutes les fois qu'il s'agit d'aliénation ou de constitution d'hypothèque. Telle serait, en effet, la seule réforme susceptible d'assurer efficacement, sans danger pour le crédit, le recouvrement des créances de la femme contre le mari.

Il y a lieu d'observer d'ailleurs, comme le faisait M. Capitant, au sein de la Société d'Etudes législatives (1), que l'incapacité de la femme mariée est destinée à être supprimée un jour ou l'autre et que cette suppression entraînera tout naturellement des modifications profondes dans les régimes matrimoniaux, et aussi la suppression de cette garantie qui ne se justifie, comme nous venons de le dire, que parce que le mari a tous les pouvoirs et que la femme n'en a aucun.

On sait qu'en Italie le législateur a supprimé purement et simplement l'incapacité légale de la femme mariée ; mais les effets de l'abolition ont pu se produire parce que le régime légal est celui de la séparation des biens. En France la suppression de l'hypothèque de la femme mariée n'aurait aucune portée sans la modification en même temps de l'organisation du régime de la communauté des biens (2).

Il y a lieu, par suite, de conclure que la suppression de l'incapacité de la femme mariée et l'abolition de son hypothèque légale demandent une nouvelle organisation du régime matrimonial de droit commun. Il est intéressant d'observer qu'une commission instituée en 1926 au Ministère de la Justice en vue de préparer un projet de loi supprimant l'incapacité de la femme mariée et modifiant le régime matrimonial de droit commun s'est prononcée dans le sens de l'adoption d'un régime de séparation de biens complété par une société d'acquêts.

(1) *Bull.*, 1929, p. 134.

(2) Capitant, *Bull. de la Société d'Etudes législatives*, 1929, pp. 134-135.

C'est dans cette même voie que s'est engagé le projet de réforme du Code civil en Italie, où, comme nous l'avons dit, le régime en vigueur est la séparation des biens. Ce projet propose de permettre aux époux de choisir le régime de la communauté des biens par une simple déclaration devant l'officier de l'état civil, qui sera obligé de leur rappeler cette faculté.

L'art. 125 du projet du livre premier du Code civil est ainsi conçu : « Avant la célébration du mariage, les époux doivent déclarer à l'officier de l'état civil s'ils ont fait un contrat de mariage, et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat ainsi que le nom du notaire qui l'aura reçu.

L'officier de l'état civil mentionne dans l'acte de mariage ces demandes et réponses.

S'il n'a pas été fait un contrat de mariage, l'officier de l'état civil avertit les époux qu'ils peuvent choisir le régime de la communauté des biens par une simple déclaration contextuelle.

S'ils n'ont pas réglé complètement leurs rapports matrimoniaux, les époux doivent déclarer lequel des régimes réglés par la loi ils veulent adopter. »

Le régime de la communauté légale serait celui de la communauté réduite aux acquêts, dans lequel le fonds commun ne comprend que les économies et les gains réalisés durant le mariage et non les biens apportés par les époux ni ceux qu'ils acquièrent au moyen de l'aliénation de ces biens lorsque la qualité de propres résulte expressément de l'acte d'acquisition, ni ceux qu'ils recueillent par succession ou donation. En outre le projet organise ce régime en limitant le pouvoir d'administration du mari.

S'il a l'administration des biens de la communauté et peut ester en jugement, il ne peut aliéner ou hypothéquer les mêmes biens sans le consentement de la femme, sauf le recours au Tribunal du mari, ou de la femme au cas de nécessité ou d'utilité évidente (art. 241 du projet).

On voit que le projet italien se rapproche sensiblement de celui proposé par la commission du ministère de la justice et réalise les vœux des plus éminents juristes en la question.

De même, il ne suffit pas de soumettre purement et simplement au régime de l'inscription l'hypothèque des mineurs et des personnes en tutelle ; mais la suppression de cette vieille institution serait possible seulement au moyen d'une réorganisation complète du

régime de la tutelle, qui est l'une des parties les plus faibles de la législation française (1).

La Société d'Etudes législatives a étudié la réforme du régime de la tutelle (*Bull.*, 1930-1931), et le projet de réforme du Code civil italien a organisé un système analogue à celui proposé par cette Société modelé sur les systèmes allemands et helvétiques (2). L'art. 446 du projet, qui substitue l'art. 292 du Code civil italien actuel où il est question de l'hypothèque légale, est ainsi conçu : « Le juge tutélaire, eu égard à la nature et à l'importance du patrimoine, pourra imposer au tuteur de prêter un cautionnement, en en déterminant le montant et les modalités. Il peut aussi, au cours de la tutelle, libérer le tuteur en tout ou en partie du cautionnement qu'il eût prêté. »

Nous n'avons rien à observer quant au régime des hypothèques de l'Etat et des personnes morales administratives.

En ce qui concerne l'hypothèque des jugements de condamnation, nous avons dit que son maintien a été estimé nécessaire par ladite Société tant que la faillite civile ne sera pas organisée. Nous pensons toutefois que la suppression serait possible en accordant tout simplement aux créanciers qui ont obtenu un jugement ou qui disposent d'un titre exécutoire, la faculté de transcrire le commandement pour procéder à la saisie. L'effet de cette transcription pourrait être l'indisponibilité des biens frappés ou tout au moins celui de conférer aux créanciers un droit de suite suivant la proposition de M. Faye à la Commission extraparlamentaire du cadastre que nous avons déjà exposé (3).

Si les propositions de la Société d'Etudes législatives ont le grand mérite d'être pratiques et facilement réalisables, elles laisseraient en dehors une grande quantité de problèmes dont la solution s'impose. Nous les avons déjà rencontrés de sorte qu'il suffira ici de les rappeler brièvement.

Extension du principe de la subrogation réelle à tous les cas où une indemnité quelconque est due au propriétaire, à raison de la perte ou de la détérioration de l'immeuble, sous les précisions de la loi belge (art. 10) et italienne (art. 1951 Code civil) et du projet de la Commission du cadastre ; attribution, en vertu du même prin-

(1) A. Colin et Capitant, II, n° 1216 ; I, n° 526 et s.

(2) Codice civile, Libro I, *Progetto e relazione*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1931.

(3) V. n° 125.

cipe, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires des sommes dues au possesseur d'un immeuble évincé (1).

Extension de la publicité au transfert du gage hypothécaire suivant l'art. 5 de la loi belge modifiée par la loi du 10 octobre 1913 et les observations que nous avons formulées au n° 132.

Introduction de l'action en déclaration de créance au profit des cessionnaires de la créance hypothécaire, suivant l'art. 6 de la loi belge (2).

Réforme de la procédure de saisie immobilière, tout au moins moyennant la généralisation des règles édictées pour le Crédit foncier et autorisation de la clause de voie parée (3).

Adoption du système italien de la subrogation légale et de la mention en marge pour l'élimination des conflits auxquels donne lieu le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque dans la procédure d'ordre (4).

Modification des règles de la purge suivant le projet de la Commission du cadastre et suppression des bénéfices de délaissement et de discussion (5).

Suppression de la prescription principale des hypothèques (6).

Extension à trente ans du délai de péremption des inscriptions.

Adoption des règles proposées par la Commission du cadastre sur l'hypothèque pour garantie d'une émission d'obligations et sur la constitution de l'hypothèque à l'étranger (7).

(1) V. n° 86.

(2) V. n° 83.

(3) V. n°s 82-88.

(4) V. n°s 82, 164, 217.

(5) V. n°s 84, 191, 134.

(6) V. n°s 87, 133.

(7) V. n°s 120-130.

VU : *Le Doyen*,
H. BERTHELEMY.

VU : *Le Président*,
5 Mars 1933,
CAPITANT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER

Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY.

TABLE ANALYTIQUE

INTRODUCTION

1. Le transfert de la propriété par simple consentement et la nécessité de la publicité pour la protection des tiers. — 2. But de la publicité et inconvénients du système actuel. — 3. Historique de la critique du système actuel et des projets de réforme. — 4. Sujet et plan général de cet ouvrage.

CHAPITRE PREMIER

Les inconvénients du régime actuel de la publicité foncière

5. Division.

SECTION I

Caractère facultatif de la transcription

6. Généralités et précisions.

SECTION II

Complication et incohérence de la publicité

7. Généralités et précisions.

SECTION III

Insuffisance de l'étendue de la publicité dans le système actuel

8. Division.

§ 1^{er}. — Défaut de publicité des acquisitions en vertu de la loi

9. Généralités. — 10. Suite. Précisions.

§ 2. — *Défaut de publicité des extinctions des droits réels et des causes d'éviction*

11. Généralités. — Renvoi.

§ 3. — *Insuffisance de l'étendue de la publicité par rapport aux actes translatifs. Mutations à cause de mort*

12. Actes de l'autorité publique. — 13. Droit de rétention. — 14. Cession ou règlement de mitoyenneté. — 15. Baux, quittances ou cessions de loyers. — 16. Défaut de publicité des mutations à cause de mort.

§ 4. — *Exemption de publicité de certains actes à raison de leur nature*

17. Généralités. — 18. A. Défaut de publicité des actes déclaratifs. — 19. Précisions. Nature des actes déclaratifs et inconvénients du défaut de publicité. — 20. B. Défaut de publicité des actes confirmatifs. — 21. C. Défaut de publicité des actes purement abdicatifs. 22. D. La promesse unilatérale de vente. — 23. E. Donation des biens à venir et de biens présents et à venir.

SECTION IV

La publicité ne consolide pas les droits acquis

24. Généralités. — 25. Classification des causes d'éviction. — 26. Les risques d'évictions dans la loi française. Plan. La garantie contre l'éviction. — 27. Atténuation du principe de la rétroactivité à l'égard des tiers. — 28. Suite. Validité des actes de disposition consentis par l'héritier apparent. — 29. Autre exception. L'action paulienne. — 30. Suite. Applications. — 31. L'action en déclaration de simulation. — 32. Les différentes causes d'éviction. Les actions réelles. — 33. L'action en répétition de l'indu. — 34. Actions mixtes. Division.

§ 1^{er}. — *Action en nullité et action en annulabilité*

35. Généralités. — 36. Incapacités. Classification. — 36 bis. Insuffisance de la publicité des causes d'incapacité : faits déterminatifs ou modificatifs de l'état civil et faits modificatifs de la capacité civile. — 37. Précisions. Le mariage. Le contrat de mariage.

— 38. La qualité de commerçante de la femme mariée et l'exercice d'une profession distincte. Retraits de l'autorisation maritale, du mandat tacite, des pouvoirs de la femme sur les biens réservés. — 39. Publicité du divorce. — 40. Défaut de publicité de la séparation de corps. — 41. Publicité de la réconciliation. — 42. Publicité de la séparation de biens principale. — 43. Rétablissement de la communauté. — 44. Publicité de l'interdiction ou de la nomination d'un conseil judiciaire. — 45. Publicité de l'adoption. — 46. Emancipation. Reconnaissance d'enfants naturels. Changement de nationalité. — 47. Le casier civil. — 48. Faillite, liquidation judiciaire, saisie. — 49. L'inaliénabilité proprement dite. Généralités. — 50. Clauses d'inaliénabilité. — 51. Autres restrictions au droit de disposer : L'acceptation sous bénéfice d'inventaire. La nomination d'administrateurs-séquestres. La nomination du curateur de la succession vacante. L'envoi en possession provisoire des biens d'un absent.

§ 2. — *Action en rescision*

52. Généralités et précisions.

§ 3. — *Action en résolution*

53. Généralités et précision. Clauses de résolution. — 54. Faculté de réméré. — 55. Le droit de retour conventionnel. — 56. Le droit de résolution établi par la loi. — 57. Suite. Application du principe et exceptions. — 58. Publicité indirecte de l'action résolutoire en cas de vente d'immeubles. Critique de l'institution.

§ 4. — *Action en révocation*

59. Généralités. — 60. Révocation pour cause d'inexécution des charges. — 61. Révocation pour cause d'ingratitude. — 62. Perte des avantages matrimoniaux en cas de divorce ou de séparation de corps. — 63. La révocation pour cause de survenance d'enfant.

§ 5. — *Le retrait*

64. Précisions.

§ 6. — *Le rapport en nature*

65. Précisions sur l'étendue de la résolution.

§ 7. — *Action en réduction de libéralités pour atteinte à la réserve*

66. Précisions.

§ 8. — *Action en nullité, en rescision,
en réduction du partage d'ascendant*

67. Précisions.

§ 9. — *Les voies de recours extraordinaires*

68. Précisions.

SECTION V

Insuffisance d'application des principes de la publicité et de la spécialité des sûretés réelles et autres inconvénients du régime hypothécaire.

69. Généralités.

§ 1^{er}. — *Exceptions au principe de la nécessité
de la publicité des sûretés réelles*

70. Privilèges généraux et privilèges immobiliers spéciaux. Généralités. — 71. Privilège du vendeur d'immeubles. — 72. Le privilège du copartageant. — 73. Même controverse pour les autres privilèges qui bénéficient d'un délai d'inscription. — 74. Le bénéfice de la séparation des patrimoines. — 75. Privilège des architectes et des entrepreneurs. — 76. Hypothèques occultes ; hypothèques légales opposables aux tiers indépendamment de toute inscription.

§ 2. — *Exception au principe de spécialité*

77. Généralités. Dispense d'individualisation. — 78. Dispense d'évaluation dans l'inscription. — 79. Hypothèques de biens à venir.

§ 3. — *Hypothèque judiciaire*

80. Critique de l'institution.

§ 4. — *Autres inconvénients du régime hypothécaire*

81. Généralités. — 82. Inconvénients et difficultés de transfert et de réalisation du gage hypothécaire. — 83. Inconvénients de

la clandestinité de l'extinction de la créance hypothécaire. — 84. Inconvénients des facultés de purge, de délaissement, de discussion. — 85. Renouvellement décennal et péremption des inscriptions. — 86. Insuffisance d'application du principe de la subrogation réelle. — 87. Inconvénients de la prescription des hypothèques. — 88. Difficulté de libération de l'emprunteur. Le Crédit foncier.

SECTION VI

Inconvénients dans l'organisation matérielle des registres de la publicité

89. Généralités. — 90. Les registres du conservateur. — 91. Le répertoire.

CHAPITRE II

Le mouvement réformateur avant la loi du 23 mars 1855

92. Historique de la publicité foncière. La Clandestinité dans l'ancien droit. — 93. La publicité dans les pays de nantissement et le système de l'appropriance par bannies. — 94. Tentatives de publicité de l'ancien droit. — 95. Insinuation des donations. — 96. Le droit intermédiaire. Loi de Messidor an III. Publicité des hypothèques. Déclarations foncières. Cédules hypothécaires. — 97. La loi du 11 Brumaire an VII. La transcription. — 98. Le Code civil. Abandon du système de la loi de Brumaire. — 99. Réaction contre le Code civil. Retour aux principes de la loi de Brumaire. L'enquête de 1841 du Garde des sceaux M. Martin du Nord. — 100. Projet de loi de 1850. — 101. Loi du 23 mars 1855.

CHAPITRE III

Le système des livres fonciers et l'œuvre de la Commission extraparlamentaire du cadastre

102. Le mouvement des études pour l'introduction du livre foncier en France. Création de la Commission extraparlamentaire du cadastre. Plan du chapitre.

SECTION I

Le système des livres fonciers

103. Le régime foncier de l'Allemagne. Les cinq principes essentiels : 1° Le principe de la publicité par livres fonciers. — 104. 2° Principe absolu de l'inscription. — 105. 3° Principe de légalité. — 106. 4° Principe relatif de l'inscription. — 107. 5° Principe de la force probante et de foi publique. — 108. La protection du véritable ayant droit. Les contredits et les prénotations. — 109. La prescription. — 110. Le registre matrimonial. — 111. Le régime hypothécaire. — 112. Acte Torrens.

SECTION II

L'œuvre de la Commission extraparlamentaire du cadastre

113. Les principes essentiels du projet. — 114. Précisions. L'application du principe absolu de l'inscription et les modalités de l'inscription. — 115. L'étendue d'application de la règle de la publicité. — 116. Le principe de la force probante et de la publicité des causes d'éviction. — 117. Suite. Le problème de la publicité des causes d'incapacité. Le contrôle préalable du Conservateur. — 118. Encore de l'application du principe de la force probante et de la publicité des causes d'éviction. — 119. La publicité des actes déclaratifs. — 120. La publicité des mutations par décès. — 121. Précision par rapport aux sûretés réelles. Extension du principe de la subrogation réelle. — 122. Les privilèges généraux. — 123. Les privilèges du Trésor public. — 124. Privilèges spéciaux sur les immeubles. — 125. Suppression de l'hypothèque judiciaire. — 126. L'hypothèque légale de la femme mariée. — 127. L'hypothèque légale des personnes en tutelle. — 128. Les hypothèques légales du Trésor. — 129. L'hypothèque pour garantie d'une émission d'obligations. Créances hypothécaires à ordre ou au porteur. Les bons hypothécaires. — 130. Constitutions de l'hypothèque à l'étranger. Suppression de l'hypothèque sur biens à venir. Les suppléments d'hypothèque. — 131. Suppression du renouvellement décennal. Les intérêts. Délai au cas de décès du débiteur. Suppression du délaissement et du bénéfice de discussion. — 132. La transmission des droits de privilège ou d'hypothèque. — 133. Suppression de la prescription de l'hypothèque. — 134. La purge des hypothèques. — 135. Le premier établissement des livres fonciers.

CHAPITRE IV

Les projets d'amélioration du système actuel de publicité personnelle

136. Réaction contre le système des livres fonciers. — 137. Historique des projets basés sur la publicité personnelle. — 138. Examen des projets basés sur la publicité personnelle. Plan. — 139. Formes de la transcription. — 140. Personnes chargées de requérir la transcription et sanctions pour la rendre obligatoire. — 141. Publicité des registres. — 142. Etendue et effets de la transcription. Généralités. — 143. Actes déclaratifs. — 144. Suite de la publicité des actes déclaratifs. Les jugements. La transaction. — 145. Transcription des baux et cessions de loyers. — 146. Précisions sur l'énumération des actes translatifs et déclaratifs dans les projets du Sénat et de la Chambre des Députés. — 147. Mutations par décès. — 148. Suite. Successions *ab intestat*. — 149. Suite. Legs et donations de biens à venir. — 150. Formes de la publicité des mutations par décès. — 151. Publicité des causes d'éviction. Généralités. — 152. Publicité des causes de résolution. — 153. Publicité des demandes. — 154. Publicité des jugements et actes de résolution. — 155. Appréciations critiques. Renvois. — 156. La réforme du régime hypothécaire. Généralités. — 157. Les privilèges généraux. — 158. Privilèges spéciaux sur les immeubles. — 159. Hypothèques. Hypothèque de biens à venir. — 160. Hypothèques légales de la femme mariée. — 161. Hypothèque légale du mineur et de l'interdit. — 162. Hypothèque judiciaire. — 163. Purge. — 164. Concours des hypothèques générales et des hypothèques spéciales. Indemnités de sinistres. Hypothèque en garantie d'effets créés en vertu d'une ouverture de crédit. Renouvellement des hypothèques. — 165. Appendice. La limitation des recherches du Conservateur à la période trentenaire dans la loi belge du 10 octobre 1913.

CHAPITRE V

Le régime foncier d'Alsace-Lorraine
et le projet de réforme de la Société d'Etudes législatives

166. Généralité. Plan.

SECTION I

*Le régime en vigueur sur le territoire d'Alsace-Lorraine
avant la loi du 1^{er} juin 1924*

167. Généralités. — 168. Régime de la Loi du 24 juillet 1889. — 169. Introduction des livres fonciers. Loi du 22 juin 1891. — 170. Précisions. Etendue de l'inscription. — 171. Suite. Tenue des livres fonciers. — 172. Etablissement du livre foncier. — 173. Etablissement du régime antérieur à la loi du 1^{er} juin 1924. Création du livre de propriété. — 174. Précisions sur le régime transitoire.

SECTION II

*Le régime foncier d'Alsace-Lorraine
introduit par la Loi du 1^{er} juin 1924*

175. Idée générale. Unification des livres fonciers. — 176. Rôle du livre foncier. Les principes directeurs. — 177. I. Principe relatif de l'inscription. — 178. II. Principe de légalité. — 179. III. Principe de publicité. — 180. Publicité du régime matrimonial. Le registre matrimonial. — 181. Prénotation. — 182. Effet de l'inscription. — 183. Les sûretés réelles. Amélioration au droit français : 1^o Principe de publicité ; 2^o Principe de spécialité ; 3^o Principe de non-rétroactivité. — 184. Applications : A. Les privilèges généraux. — 185. B. L'hypothèque légale de la femme mariée. — 186. C. L'hypothèque légale du mineur et de l'interdit. — 187. D. L'hypothèque légale de la masse de la faillite. — 188. E. Les privilèges spéciaux. — 189. F. Spécialité absolue de l'inscription. — 190. 4^o Autre amélioration : l'hypothèque judiciaire. — 191. 5^o Règles spéciales sur la procédure d'exécution forcée, de distribution et de purge.

SECTION III

*Le projet de réforme du régime foncier de la Société
d'Etudes législatives*

192. Nouvelle orientation des études. — 193. Le projet de la Société d'Etudes législatives. La réforme du répertoire. — 194. Les principes directeurs de la publicité et la sanction du défaut de transcription. Le principe relatif de l'inscription. — 195. Domaine d'application de la publicité. Clandestinité des mutations par décès

et des actes déclaratifs. — 196. Suite. Domaine d'application de la publicité. — 197. Publicité des causes de résolution ou de révocation. — 198. Privilèges généraux. — 199. Privilèges spéciaux sur les immeubles. — 200. Hypothèques.

CHAPITRE VI

Les projets de réforme de la publicité foncière en Italie

SECTION I

Le système du Code civil de 1865

201. Historique de la publicité avant l'introduction du Code civil de 1865. — 202. Le système du Code civil. Généralités. La forme de la transcription et l'instrument extérieur de la publicité. — 203. Domaine d'application de la publicité. Quatre catégories d'actes assujettis à la transcription. Les deux premières catégories. — 204. La troisième catégorie. Publicité des demandes. — 205. La quatrième catégorie : acceptation bénéficiaire et commandement immobilier. — 206. L'annotation. — 207. Les effets de la transcription. — 208. La publicité des sûretés réelles. Généralités. — 209. Les privilèges généraux. — 210. Les privilèges spéciaux. Les privilèges spéciaux conservés. — 211. Suppression des privilèges spéciaux. L'hypothèque de l'aliénateur et des copartageants. — 212. L'hypothèque légale de la femme mariée. — 213. L'hypothèque légale du mineur et de l'interdit. — 214. L'hypothèque légale sur les biens des condamnés. — 215. L'hypothèque légale judiciaire. — 216. Conservation du bénéfice de la séparation des patrimoines. — 217. Hypothèque conventionnelle. Règles particulières quant aux indemnités d'assurance, au renouvellement, à la prescription, à la transmission des sûretés réelles, à l'atténuation du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque.

SECTION II

Le mouvement réformateur et le régime actuel de la Loi du 30 décembre 1923

218. Historique du mouvement réformateur. — 219. La réforme opérée pendant la guerre. La Loi du 30 décembre 1923. — 220. Appréciation critique. L'absence de réglementation des effets de la transcription. Le système de la jurisprudence.

SECTION III

Les projets de réforme

221. Examen des projets Gianturco, Scialoja, et du Comité pour la réforme de la transcription de la Commission pour la réforme du Code civil italien. Généralités. — 222. Sanction de l'obligation de transcrire. Le principe relatif et le principe absolu de la transcription. Effets de la transcription. — 223. Etendue de la transcription. Actes translatifs et constitutifs. — 224. Actes déclaratifs. — 225. Mutation par décès. — 226. Constitution de dot et constitution de communauté entre époux. — 227. Publicité de la prescription acquisitive. — 228. Nomination du curateur à la succession vacante et d'autres administrateurs. — 229. Jugements d'interdiction, d'incapacité, de nomination du syndic de la faillite. — 230. Jugements et actes de résolution. — 231. Publicité des conditions. — 232. L'hypothèque de l'aliénateur. — 233. Publicité des demandes. Généralités. Maintien du système du Code civil. — 234. Demandes tendant à l'exercice du réméré et déclarations de réméré. — 235. Demandes en séparation de biens. — 236. Demande en résolution du bail emphytéotique et en affranchissement du fonds emphytéotique. — 237. Demande en partage. — 238. Demande en pétition d'hérédité et en contestation d'une acquisition à cause de mort. — 239. Demandes en déclaration de simulation. — 240. Demandes ou exceptions en déclaration de l'accomplissement de la prescription acquisitive. — 241. Demandes en revendication. — 242. Demandes en nullité. — 243. Demandes en réduction des donations. — 244. Demandes et actes interruptifs de la prescription. — 245. Acceptation bénéficiaire et commandement immobilier. — 246. Formes de la transcription des demandes. — 247. Transmission des sûretés réelles. — 248. Prescription cadastrale et répertoire réel.

SECTION IV

Le système en vigueur dans les nouvelles provinces

249. Le système en vigueur dans les anciennes provinces de l'empire Austro-Hongrois, annexées à l'Italie. Le décret-loi du 28 mars 1929. — 250. La coordination de la loi tabulaire autrichienne de 1871 avec les institutions du droit italien.

CHAPITRE VII

Conclusion

251. L'instrument extérieur de la publicité. Les principes directeurs de la réforme. — 252. Le principe relatif de la transcription. — 253. L'étendue de la transcription des actes entre vifs, conventions et jugements. — 254. La sanction du défaut de transcription. — 255. La transcription des mutations par décès. — 256. La transcription des demandes. — 257. Les sûretés réelles. Les privilèges. — 258. Les hypothèques.



CAEN

Imprimerie A. OLIVIER, M. CARON, Directeur

34, rue Demolombe
